

DIÓGENES SERRA AZUL ALBUQUERQUE

RA: 21008488

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: UM
ESTUDO À LUZ DE SUAS CONFORMIDADES JURÍDICAS E
CONSTITUCIONAIS**

Brasília

2014

DIÓGENES SERRA AZUL ALBUQUERQUE

RA: 21008488

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: UM
ESTUDO À LUZ DE SUAS CONFORMIDADES JURÍDICAS E
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos.

Brasília

2014

DIÓGENES SERRA AZUL ALBUQUERQUE

RA: 21008488

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: UM
ESTUDO À LUZ DE SUAS CONFORMIDADES JURÍDICAS E
CONSTITUCIONAIS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis
Bastos.

Brasília, 20 de Agosto de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar as formas com que a *liberdade* do indivíduo pode sofrer restrições sem que isso implique afronta aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. O enfoque escolhido foi o instituto da Prisão Preventiva e o do Princípio da Presunção da Não Culpabilidade. Buscou-se trazer conceitos, abordar problemas, debater visões doutrinárias e analisar a temática à luz de suas conformidades jurídicas e constitucionais, para que, ao fim, tenhamos à nossa disposição mais um instrumento útil de pesquisa e de reflexão. O método escolhido foi a pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial do tema, ressaltando a importância do Direito Constitucional como instrumento e pano de fundo de todo o trabalho, uma vez que a Carta Magna deve sempre ser encarada como prisma maior do nosso ordenamento jurídico. Para isso, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro deles, a Persecução Penal e o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade serão o foco do estudo. No segundo, serão traçados os pormenores referentes à Prisão Preventiva. No terceiro e último, após a análise separada de ambos os institutos, será verificado como eles convivem e a forma como se dá a compatibilidade entre si. A maneira como a jurisprudência os tem conciliado e aplicado nos casos concretos, a partir da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, norteará o objetivo do presente estudo.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e Estado Constitucional de Direito.

ABSTRACT

The present work aims to study the ways in which individual liberty can be restricted without implying a violation of fundamental rights and constitutional guarantees. The focused subject was the Institution of Preventive Detention and the Principle of Presumption of Innocence. It was attempted to bring concepts, approach problems, discuss doctrinal views and analyze the issue under the light of their legal and constitutional compliances, in order to have at our disposal another useful tool for research and reflection. The chosen method was the doctrinal and jurisprudential research about the topic, emphasizing the importance of Constitutional Rights as an instrument and background of the work, since the Magna Carta should always be seen as the basis of our legal system. For this, the essay was divided into three chapters. The Criminal Prosecution and the Principle of Presumption of Innocence are the focuses of the first chapter. The second one describes the Preventive Detention details. In the third and last, after a separated analysis of both institutions, it will be checked the way they get along and how their relationship works. The way jurisprudence has been conciliating and implementing both principles in real cases, from the analysis of trials of the Superior Tribunal de Justiça and Supremo Tribunal Federal will guide the present study.

Keywords: Preventive Detention, Principle of Presumption of Innocence and Constitutional Rule of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 PERSECUÇÃO PENAL E PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	9
1.1 Evolução Histórica do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade na Doutrina e na Jurisprudência Brasileira.....	9
1.2 Definições e Conceitos do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.....	13
1.3 Finalidade e Consequências do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade para o Sistema Processual Penal Brasileiro.....	18
1.4 Aplicação do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.....	23
2 PRISÃO PREVENTIVA	35
2.1 Noções Gerais da Prisão Preventiva – Conceito e Natureza Jurídica.....	35
2.2 Pressupostos da Prisão Preventiva.....	38
2.3 Fundamentos da Prisão Preventiva	41
2.3.1 <i>Da Garantia da Ordem Pública</i>	42
2.3.2 <i>Da Garantia da Ordem Econômica</i>	44
2.3.3 <i>Da Conveniência da Instrução Criminal</i>	45
2.3.4 <i>Assegurar a aplicação da Lei Penal</i>	46
2.4 Circunstâncias Legitimadoras e Proibitivas	47
2.5 Fundamentação	49
2.6 Decretação, Revogação e Redecretação	50
2.7 Considerações Finais da Prisão Preventiva	52
3 COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: APLICAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	55
3.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	55
3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	64
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência de grande amplitude e abrangência, pois possui entre as suas missões a de normatizar e regular as relações sociais dos indivíduos entre si e entre os grupos sociais, entre os quais podemos incluir a própria sociedade e o Estado. E dentro da imensidão no qual o Direito encontra-se imerso, um dos ramos ou áreas de estudo que mais atrai e fascina estudiosos e operadores do Direito é o Direito Penal.

Qual a razão disso? O fato de lidar com a *liberdade* do indivíduo, princípio e garantia fundamental de um Estado Constitucional de Direito, objeto de lutas e conquistas desde os primórdios dos tempos, em todos os povos e eras, ajuda-nos a explicar o tamanho de sua relevância para o mundo jurídico.

No entanto, tão importante quanto estudar o direito material em si, foi-se mostrando fundamental a análise processual do instituto, ou seja, o Direito Processual Penal apresentou-se como ramo de estudo rico e imprescindível para o estudante de Direito que tem a *liberdade* como norte para sua pesquisa.

Foi nesse cenário de conjecturas que a presente pesquisa de conclusão de curso chegou ao seu tema, aliando os direitos material e processual, no estudo da *liberdade*, com o intuito de se estudar formas em que a *liberdade* do indivíduo possa sofrer restrições sem que isso implique afronta aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Sendo assim, o enfoque escolhido foi o instituto da Prisão Preventiva e o do Princípio da Presunção da Não Culpabilidade, a partir do tema: “Prisão Preventiva e sua compatibilidade com o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade: um estudo à luz de suas conformidades jurídicas e constitucionais”.

O instrumento da Prisão Preventiva está altamente presente na vida de qualquer profissional do Direito que atue na área penal. É fundamental entender bem o assunto, a fim de não ficar a mercê dos fatos e das circunstâncias. Desde o advogado, na defesa do seu cliente, passando pelo membro do *Parquet*, que visa garantir a fiel execução e cumprimento da lei e defender os interesses da sociedade, até chegar ao juiz, que irá decidir no caso concreto, todos diariamente lidam com o tema.

Ao mesmo tempo em que se observa que o assunto está presente rotineiramente na vida de todos os profissionais que lidam com o Direito Penal, o tema é repleto de incongruências, críticas e incertezas. Vários são os posicionamentos divergentes, especialmente quanto à sua aplicação no caso concreto, o que explica sua escolha como o cerne do presente trabalho de pesquisa.

Em seguida, foram delimitados o principal foco e objetivo a serem seguidos e alcançados: trazer conceitos, abordar problemas, debater visões doutrinárias e analisar a temática à luz de suas conformidades jurídicas e constitucionais, para que, ao fim, tenhamos à nossa disposição mais um instrumento útil de pesquisa e de reflexão.

O trabalho foi dividido em três capítulos:

a) Persecução Penal e Presunção de Não Culpabilidade: neste primeiro capítulo buscou-se analisar o princípio supraindicado, a partir de sua evolução histórica na doutrina e jurisprudência luso-brasileira, significados, finalidades e consequências para o Processo Penal brasileiro, bem como sua aplicação em nossos tribunais.

b) Prisão Preventiva: no segundo capítulo, o foco do estudo foi o de traçar os pormenores desse importante instrumento do sistema processual penal, a partir de seu conceito, natureza jurídica, fundamentos, pressupostos, requisitos, permissões e proibições, bem como diversas outras considerações pertinentes à matéria.

c) Compatibilidade da Prisão Preventiva e Presunção de Não Culpabilidade - aplicação pela jurisprudência brasileira: após analisarmos de forma separada o Princípio de Presunção de Não Culpabilidade e o instituto da Prisão Preventiva, será verificado como ambos os institutos convivem e como se dá a compatibilidade entre si. Para isso, parte-se o estudo de como a jurisprudência os tem conciliado e aplicado nos casos concretos, a partir da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que tratem do assunto.

Finalmente, cabe ressaltar a importância do Direito Constitucional como instrumento e pano de fundo de todo o trabalho, uma vez que a Carta Magna deve sempre ser encarada com prisma maior do nosso ordenamento jurídico. O primeiro

requisito indispensável para um Estado Democrático de Direito é seu fiel cumprimento à sua Lei Maior.

1 PERSECUÇÃO PENAL E PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

O estudo do instituto da Prisão Preventiva requer uma análise de um dos princípios basilares de um Estado Constitucional de Direito: o da Presunção de Não Culpabilidade.

Sendo assim, o ponto de partida da presente pesquisa é a abordagem do princípio supramencionado a partir da sua evolução histórica na doutrina e na jurisprudência luso-brasileira, significado, finalidade e consequências para o Processo Penal brasileiro, bem como sua aplicação em nossos tribunais.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade deve ser abordado preliminarmente quando almejamos saber se há compatibilidade deste com o instituto da Prisão Preventiva, uma vez que sempre que alguém tem sua liberdade cerceada de forma prévia ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória, há uma relativização desse princípio constitucionalmente assegurado¹.

Sendo assim, iniciaremos nosso estudo do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade a partir de uma perspectiva histórica, de forma a compreendermos como se deu a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro até alcançar os contornos atuais².

Segundo Varalda³, o princípio mencionado possui três significados distintos decorrentes das legislações de onde surgiram. O primeiro deles é o previsto no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. O segundo foi consolidado nas escolas penais italianas, o que resultou no art. 27.2 de sua Carta Magna. Enquanto que o terceiro decorre do art. 11.1 da Declaração Universal dos

¹ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 155.

² Idem, p. 17.

³ Idem, p. 20-28.

Direitos Humanos, que teve sua aprovação em 1948 e foi assinada por outras diversas nações.

A primeira referência histórica contra o processo penal de caráter inquisitório, de cunho romano-canônico, foi destacada por Beccaria (citado por Varalda⁴) em obra intitulada “Dos Delitos e Das Penas”, de publicação datada em 1764. O autor pregava que a Prisão Preventiva somente deveria ser aplicada nas hipóteses de extrema necessidade, de forma a assegurar uma vida segura e em ordem pela sociedade.

Assim, o princípio nasceu como uma forma de combater o Princípio da Culpabilidade até então em voga e defendido amplamente pela Inquisição, buscando-se assegurar ao indiciado o cumprimento da garantia de ampla defesa⁵.

A Revolução Francesa trouxe em seus ideais a defesa da abolição das práticas de tortura como mecanismo de obter do acusado a confissão e defendeu a mudanças na forma como Estado deveria conduzir o Processo Penal⁶.

E assim, em continuidade às alterações provocadas por esse instrumento revolucionário, positivou-se o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁷, *in verbis*:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Ressalta-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi uma reação a um sistema em vigor desde o Baixo Império Romano, passando por diversas eras e sistemas históricos, até culminar na Inquisição do Santo Ofício. O Processo Penal buscava então, com a mudança, a ser humanizado, passando-se de

⁴ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 17-18.

⁵ Idem, p. 18.

⁶ Idem, p. 18..

⁷ BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo, 2014. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

um Estado de Direito puramente formal a um Estado de Direito material, liberal, que aspirando a ser democrático e social⁸.

Varalda⁹, de forma bem delineada e esclarecedora, nos traz claras explanações sobre esta primeira concepção do Princípio de Presunção de Não Culpabilidade (grifo nosso):

“O princípio da presunção de inocência contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 referia-se principalmente ao tratamento do acusado no curso do processo, ou seja, **presumia-se inocente até a declaração de sentença judicial**, em que haveria uma decisão de condenação ou absolvição. Disso decorre **limitações às restrições dos direitos individuais**, em especial, às medidas cautelares durante a fase instrutória, tais como a **prisão preventiva sem prazo certo** e a aplicação de formas de antecipação de pena, como suplícios. O processo inquisitório dá lugar ao processo penal acusatório, com uma fase preliminar escrita, secreta e sem contraditório e uma fase instrutória, com a oralidade, publicidade e contraditório”.

Já a segunda concepção desta abordagem principiológica surgiu a partir dos debates que eram travados pela Escola Clássica Italiana. Aqui foi realizado o contraste entre a forma como o acusado era tratado no decurso do processo inquisitivo e durante o processo acusatório. Desse debate surgiu o enunciado do art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948. O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade alcançou o status de cerne fundamental do processo e de pressuposto de todas as formas de garantias processuais¹⁰.

Entretanto, o foco das discussões realizadas nas Escolas Penais Italianas que abordavam o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade era, em essência, saber se o Processo Penal deveria ser utilizado como instrumento de proteção da sociedade em busca do atendimento ao interesse social ou de garantia dos direitos individuais do criminoso. Apesar disso, cabe destaque que a Carta Magna trouxe a regra de que ninguém pode ser considerado culpado até que se dê a condenação definitiva¹¹.

Finalmente, chegamos à terceira concepção instituída por tal princípio. Trata-se da “Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”. De acordo com

⁸ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 19.

⁹ Idem, p. 20-21.

¹⁰ Idem, p. 21.

¹¹ Idem, p. 28.

Varalda¹², “como medida de reação às violações aos direitos humanos (...), a Europa reage à proteção das liberdades públicas, aprovando na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, o princípio da presunção de inocência (...)”.

Entre os avanços decorrentes deste terceiro significado histórico, podemos destacar os seguintes¹³:

a) cabe à acusação o ônus probatório do fato tido por criminoso, bem como de demonstrar a culpabilidade de quem estiver sendo acusado;

b) é vedada a produção de elementos de provas contra si mesmo;

c) o acusado possui o direito ao silêncio;

d) em caso de dúvida em juízo, deve-se buscar a absolvição do réu, em consonância com o brocardo latino *in dubio pro reo*.

Foi assim que, após todo esse transcorrer histórico, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade foi consolidado como uma garantia fundamental assegurada na Constituição Brasileira de 1988¹⁴, que em seu art. 5º, inciso LVII, assim estipulou:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Segundo Varalda¹⁵ (grifo nosso):

“O avanço democrático brasileiro trouxe o compromisso ao constituinte brasileiro de 1988 em afirmar a presunção de inocência já consagrada em textos internacionais de direitos humanos ou nas Constituições democráticas do ocidente, especial as européias, como Portugal, Itália e Espanha. A par disso, **estatuuiu-se a presunção de**

¹² VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 28.

¹³ Idem, p. 28-29.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de fev. de 2014.

¹⁵ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 44.

inocência no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira de 1988 como princípio basilar do Processo Penal, dentro do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos: **“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (...)**”

Varalda¹⁶ nos alerta ainda que a democratização brasileira após o período de Governos Militares e o grande avanço da Carta Magna de 1988 trouxe inegáveis progressos na institucionalização de liberdades e direitos individuais, especialmente se fizermos uma comparação com as Constituições anteriores, e fizeram com que as correntes doutrinárias e a perspectiva da jurisprudência nacional tivessem sensíveis mudanças, adotando um modelo em que o *jus libertatis* se sobrepõe ao *jus puniendi*.

Ressalta-se ainda que, em decorrência de sua importância e magnitude, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade não está adstrito ao Processo Penal. Deve ser observado e seguido em qualquer fase jurisdicional ou administrativa decorrente de decisão que possa resultar em sanção ou limitação de direitos¹⁷.

1.2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE

Com esta breve análise da evolução histórica do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, entendemos como se deu o seu ingresso em nosso ordenamento jurídico.

Em prosseguimento, é importante estabelecermos o alcance do seu significado, ou seja, entendermos o que vem a ser o princípio objeto de nosso estudo, bem como as definições que juristas e doutrinadores tem utilizado para a sua aplicação.

Para Pacelli¹⁸, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade deve ser entendido a partir de duas perspectivas:

¹⁶ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 46.

¹⁷ Idem, p. 47.

¹⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

a) de tratamento: no transcurso do *iter persecutório*, o réu não pode suportar restrições pessoais baseadas em eventual possibilidade de vir a ser condenado;

b) de cunho probatório: cabe à acusação o ônus de provas quanto à existência do fato e à autoria do acusado.

O mencionado autor define ainda a Não Culpabilidade como um “estado de inocência” que determina que toda e qualquer forma de privação de liberdade ocorrida antes do trânsito em julgado deve sempre possuir natureza de medida cautelar¹⁹.

Finalmente, Pacelli²⁰ ressalta que, embora a regra seja a da presunção da não culpabilidade, ela também comporta exceções a este princípio garantista. É o caso da Prisão Provisória ou da Prisão Preventiva, por exemplo.

Tucci²¹ define o princípio como o mais importante entre os norteadores do devido processo legal. Para ele, consiste em assegurar ao acusado o “direito de ser considerado inocente” até que, sobrevindo uma sentença penal condenatória, esta transite formalmente em julgado, resultando em coisa julgada.

Defende, ainda, que ao se analisar diversos dispositivos legais, deve-se evitar uma interpretação extensiva quando se tratar de restrição aos direitos fundamentais. Sendo assim, o princípio mencionado deve ser sempre perseguido durante a persecução criminal, uma vez que inspirado no ideal de liberdade. Assim vejamos²²:

“E isto tudo posto, não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada com uma única intenção, qual seja a de favorecer o imputado”.

Gomes Filho²³ chama atenção para o “significado emotivo” do termo que define o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Para o renomado autor, não

¹⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

²⁰ Idem, p. 49.

²¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 320-321.

²² Idem, p. 326.

²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.

basta nos concentrarmos na letra fria do dispositivo legal, restringindo-se a extrair da lei um fato conhecido a partir de um fato desconhecido. Quando no momento da sua previsão na Declaração de 1789, por exemplo, o princípio representava um repúdio ao sistema processual até então vigente que determinava ao acusado a comprovação de que a acusação contra si não procedia²⁴.

Para o renomado autor, esse valor ideológico do conceito do princípio deve ser prioritariamente observado, tratando-se de uma presunção política que assegura a liberdade do acusado diante do interesse da coletividade à sua repressão penal²⁵.

Sendo assim, Gomes Filho define o princípio como²⁶ (grifo nosso):

“Descontada a carga emocional que a expressão traz em si, a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como **instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana**: como tal deve servir de pressuposto e parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”.

Lopes Jr.²⁷, por sua vez, define o princípio como sendo fundamental para a civilidade. Ressalta que é reflexo de uma opção ideológica de proteção ao indivíduo, *in verbis*²⁸:

“É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenta-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro”.

Para Ferrajoli²⁹, a Presunção de Não Culpabilidade é corolário lógico do Princípio de Submissão à Jurisdição, e a define como presunção de que o imputado

²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-36.

²⁵ Idem, p. 37.

²⁶ Idem, p. 37.

²⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

²⁸ Idem, p. 51.

seja inocente até que sobrevenha sentença condenatória definitiva que prove o contrário.

Para o renomado autor³⁰, o princípio não é apenas uma garantia de verdade e de liberdade, mas representa também uma forma de garantia de segurança ou até mesmo de defesa social. Seria uma forma específica de segurança fornecida pelo Estado contra o arbítrio no poder-dever estatal de punir.

Ferrajoli esclarece ainda que o sinal de que houve perda na legitimidade da jurisdição é encontrado quando há temor na justiça pelos cidadãos. Assim, se um acusado inocente teria razão de temer o juiz, isto representaria um desvio na lógica estatal, ou seja, seria reflexo de falência da jurisdição penal e ruptura dos valores políticos que lhe dariam legitimidade³¹.

Mirabete³², por sua vez, esclarece que o princípio, na verdade, corresponde a uma ‘tendência à presunção de inocência’, ou ainda, a um “estado de inocência”. Sendo assim, define-o como “um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por um sentença transitada em julgado”³³.

Mirabete esclarece, ainda, o porquê da antiga terminologia até então utilizada, ou seja, “Princípio da Presunção de Inocência”, ter sido abandonada e substituída pelo Princípio da Presunção de Não Culpabilidade³⁴:

“(…) Assim, melhor é dizer-se que se trata do ‘princípio de não-culpabilidade’. Por isso, a nossa Constituição Federal não ‘presume’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.(…)”

Ele afirma que, dessa forma, não foram revogados pela nossa Carta Magna os dispositivos legais que permitem a relativização desse princípio, tais como, a prisão preventiva, prisão em flagrante, a pronúncia, decreto de custódia preventiva e sentença condenatória recorrível, bem como outras medidas cautelares,

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 505.

³⁰ *Idem*, p. 506.

³¹ *Idem*, p. 506.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

³³ *Idem*, p. 23.

³⁴ *Idem*, p. 23.

como, por exemplo, busca e apreensão, sequestro e etc. Pelo contrário, todas essas medidas tiveram sua aceitação reforçadas pela Constituição³⁵.

Nucci, ao tratar da definição do princípio, aborda-o a partir de uma perspectiva naturalista³⁶ (grifo nosso):

“As pessoas nascem inocentes, **sendo esse o seu estado natural**, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu”.

Por outro lado, afirma que, pelas mesmas razões, é possível a adoção de medidas cautelares de prisão, como forma de excepcionalidade e necessidade. Assim, medidas que relativizem os direitos individuais somente devem ser adotadas em hipóteses indispensáveis e excepcionais, tais como a quebra de sigilos (bancário, fiscal e telefônico, bem como violação ao domicílio para cumprimento de mandados de busca e apreensão (em oposição ao direito constitucional de inviolabilidade do domicílio)³⁷.

Nucci³⁸ traz ainda uma outra reflexão: a de que o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade reforça o Princípio da Intervenção Mínima do Estado. Para o doutrinador, a reprovação penal somente deve alcançar quem foi culpado de forma definitiva. Finalmente, consagra o direito do acusado ao silêncio, impedindo que este seja obrigado a se autoincriminar.

Finalmente, trataremos a definição e os significados do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade a partir da ótica adotada por Fernando da Costa Tourinho Filho.

Para Tourinho Filho³⁹, o princípio é uma forma de coroamento do que devido processo legal. Para ele, trata-se de um direito natural que tem sua fundamentação na própria sociedade e na democracia.

Contudo, o penalista adverte que não se deve realizar uma interpretação literal a fim de buscar seu conteúdo semântico. Se assim o procedêssemos, iríamos

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 85.

³⁷ Idem, p. 85.

³⁸ Idem, p. 85.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34.ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

cair numa situação em que ninguém poderia vir a ser nem processado. O sentido que vemos buscar é aquele em conformidade com a realidade histórica em que surgiu, a saber, a Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual ninguém pode sofrer uma pena de forma antecipada⁴⁰.

Sendo assim, percebemos que, ao analisarmos os conceitos e definições trazidas por um grande número de penalistas e doutrinadores, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade possui um ponto de convergência entre as opiniões: ninguém deve ser tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal enunciado cria reflexos em diversos sistemas do processo penal, tal como o atinente à produção de provas.

Contudo, estabelecermos o que vem a ser o princípio que está sendo estudado não basta. É preciso ir além, buscar o alcance do seu significado, as finalidades pretendidas e as consequências que dele resultam para a processualística penal brasileira.

1.3 FINALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PARA O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Além de entendermos como o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade chegou ao nosso sistema processual e analisarmos o seu conceito e significados, é importante traçarmos a sua finalidade dentro do nosso ordenamento, bem como as consequências advindas de sua aplicação.

Assim, Fernandes⁴¹ nos esclarece que o mencionado princípio tem sua aplicabilidade analisada sob duas orientações:

A primeira, de cunho mais restritivo, está atrelada ao aspecto probatório, uma vez que, ao possuir o status de inocente até que sobrevenha uma decisão final no curso do processo, impõe-se ao acusador, Ministério Público ou querelante, a

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34.ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

⁴¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 291.

depende do tipo de ação penal, o ônus de comprovar aquilo que se alega na peça acusatória, denúncia ou queixa⁴².

A segunda perspectiva é mais ampla. Refere-se às regras fundamentais atinentes à prisão. Assim, conforme o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, o réu não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, portanto, não pode ser preso como uma forma de antecipar sua eventual pena. Sendo assim, a decretação de prisão somente pode ser decretada quando possuir natureza cautelar, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei⁴³.

Gomes Filho⁴⁴ ressalta que a garantia constitucional de presunção de não culpabilidade não está presente tão somente no momento decisório, como forma de concretizar o princípio de *in dubio pro reo*. Para ele, trata-se também de uma regra de tratamento do indiciado para que não seja equiparado a culpado antes de sua condenação. Outra consequência seria a de assegurá-lo um processo justo no âmbito da persecução criminal.

Gomes Filho nos chama atenção ainda, assim como diversos doutrinadores, para o reflexo do princípio quando se trata da disciplina da prova no Processo Penal. Nesta seara, o princípio se confundiria bastante com a essência do *in dubio pro reo*⁴⁵.

Sendo assim, *a priori*, a consequência da Presunção de Não Culpabilidade, no que tange aos aspectos probatórios, é a de que a atividade de produção de provas deve buscar a averiguação da existência dos fatos que foram imputados e não às desculpas dadas por aquele que está sendo acusado. O que deve prevalecer é a imputação e não a idoneidade dos dados apresentados pelo inquérito policial⁴⁶.

Em segundo lugar, não estaria o acusado obrigado a colaborar na investigação dos fatos. Diante da presunção de não culpabilidade, o acusado teria a

⁴² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 291.

⁴³ Idem, p. 291.

⁴⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 37.

⁴⁵ Idem, p. 39.

⁴⁶ Idem, p. 39-40.

opção de dar ou não a sua versão acerca dos fatos que lhe são imputados. Resultaria daí o seu direito a permanecer em silêncio⁴⁷.

Gomes Filho⁴⁸ aborda a problemática relativa à absolvição por precariedade das provas arroladas. Para ele, o maior problema não é o de assegurar ao acusado a sua absolvição nos casos de insuficiência de provas, mas sim, nas consequências que irão advir daí. Qualquer forma de diferenciar o tratamento dado entre o plenamente absolvido e aquele que foi por insuficiência probatória será uma ofensa à Constituição.

Ainda segundo Gomes Filho⁴⁹, a presunção de não culpabilidade deve ser vista e encarada como uma forma de comportamento diante do acusado. Assim, não teriam legitimidade os efeitos que fossem resultados exclusivos da imputação penal, uma vez antes de sentença condenatória definitiva, quaisquer medidas punitivas adotadas antecipadamente e que implicassem reconhecimento prévio de culpabilidade do acusado, seriam uma clara violação a este princípio constitucional.

Por isso, lembra o processualista que duas implicações seriam reflexo do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade: a impossibilidade de adoção de medidas de execução antecipada contra o réu e àquela atinente às providências cautelares⁵⁰. Assim, vejamos⁵¹:

“Quanto às primeiras, parece ser inconciliável com o princípio constitucional qualquer forma de ‘execução provisória’ do julgado penal, especialmente em face das intromissões que o denominado tratamento penitenciário estabelece nas esferas mais íntimas da personalidade do sujeito”.

“No que tange às cautelares processuais, a matéria relacionada às restrições do direito à liberdade pessoal constituirá objeto da segunda parte deste trabalho; quanto às providências cautelares de natureza patrimonial, é conveniente sublinhar, desde logo, que também estas dependem da existência do periculum in mora, sendo ilegítimo, à vista da presunção de inocência, adotá-las exclusivamente com base na existência da imputação”.

Finalmente, Gomes Filho nos traz outros reflexos do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Para ele, na solução do caso concreto, deve-se

⁴⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

⁴⁸ Idem, p. 41.

⁴⁹ Idem, p. 43.

⁵⁰ Idem, p. 43.

⁵¹ Idem, p. 43.

buscar uma harmonização com o princípio da inviolabilidade do direito à intimidade, bem como da liberdade de informação e a efetiva publicidade com os atos judiciais devem ser realizados⁵².

Capez, ao tratar do que ele chama de “estado de inocência”, afirma que este se desdobra em três aspectos, a saber⁵³ (grifo nosso):

- “a) **no momento da instrução processual**, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova;
- b) **no momento da avaliação da prova**, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida;
- c) **no curso do processo penal**, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.”

Para Lopes Jr.⁵⁴, o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade impõe a todos, em especial ao Estado, um “dever de tratamento” de que o réu deva ser tratado como inocente, a partir de duas perspectivas: uma interna ao processo e outra externa.

Na concepção interna do processo, Lopes Jr.⁵⁵ afirma que o princípio impõe ao juiz o dever de considerar a prova como atribuição inteira do acusador, uma vez que se réu é inocente não há o que se provar. Ainda nesta seara, impõem-se severas restrições à utilização de prisões cautelares, já que seria inconcebível a prisão de alguém que não foi condenado de forma definitiva.

Na dimensão externa ao processo, exige-se uma forma protetiva de forma a evitar a publicidade abusiva, bem como a estigmatização precoce do acusado. Assim, o princípio atuaria como forme de garantir os direitos constitucionalmente previstos de proteção à imagem, à dignidade e à privacidade. A exploração midiática do próprio processo penal, tão comum em nossos dias atuais, seria evitada.

Mirabete⁵⁶, por sua vez, questiona se o princípio em tela não impediria qualquer forma de medida coativa contra o acusado. Pergunta se é possível admitir uma persecução penal contra alguém que é presumidamente inocente. Debate, ainda, quanto à extensão da presunção. Se fosse admitida como de presunção *juris*

⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 44.

⁵³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

⁵⁵ Idem, p. 51-52.

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

et de jure (absoluta), a sentença não poderia eliminá-la. Em contrapartida, se entendêssemos como de presunção *juris tantum* (relativa), esta seria destruída ainda na fase de instrução criminal durante o colhimento das provas e, portanto, antes da própria decisão definitiva.

Mirabete enumera, ainda, alguma consequência processuais para o que ele chama de “estado de inocência”, quais sejam⁵⁷:

- a) a liberdade do acusado somente pode ser restringida, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, se for admitida mediante forma excepcional e cautelar;
- b) é ônus da acusação comprova a culpa do réu e não contrário, já que este não dever de comprovar a sua inocência;
- c) deve prevalecer o instituto do *in dubio pro reo*, ou seja, a juiz deve ter plena convicção de que o réu é o responsável pelo crime o qual está sendo acusado para que haja condenação. Havendo dúvida a respeito de sua eventual culpa, deve prevalecer a sua absolvição.

Tourinho Filho⁵⁸ adverte que o princípio, cuja base encontra seu respaldo na Constituição, deve ser o pressuposto de validade e eficácia do ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, se um dispositivo legal contraria a Constituição Federal, em especial ao determinar um procedimento distinto e que vai de encontro ao que preceitua a nossa Carta Magna quanto ao Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, aquele deve ser declarado inconstitucional ou, nos casos de serem anteriores à Constituição, serem declarados como não recepcionados por esta⁵⁹.

Diante disso, defende Tourinho Filho que, por exemplo, os artigos 393, 594 e 594 do Código de Processo Penal teriam sido revogados, uma vez que não teriam obedecido aos ditames constitucionais e a garantia fundamental de Não Culpabilidade.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23-24.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34.ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

⁵⁹ Idem, p. 89.

Finalmente, convém ressaltar a observação feita por Varalda⁶⁰ de que a interpretação do princípio em estudo deve ser realizada buscando-se a harmonia com os demais dispositivos constitucionais. Sendo assim, a decretação de uma eventual prisão preventiva não seria inválida, desde que contivesse a motivação de forma expressa, o que descaracterizaria uma arbitrariedade e desrespeito a este princípio constitucional.

Para ele⁶¹, há uma nítida diferenciação entre a relativização da Presunção de Não Culpabilidade sem a presença de provas, que seria inconstitucional, e a com prova, eivada de constitucionalidade, uma vez que fatos estariam demonstrados com uma atividade probatória, ainda que mínima.

Por tudo isso, percebemos que o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade se irradia horizontal e verticalmente por todo o nosso ordenamento jurídico, trazendo reflexos que vão desde a Constituição até os mais simples atos normativos. Todo o rito processual penal, desde o início da investigação criminal até o fim da persecução penal com a sentença penal condenatória, deve estar atrelado a esse ditame constitucional.

Os nossos tribunais, especialmente as cortes superiores, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, possuem jurisprudência consolidada, manifestando-se sempre na fiel observância dessa garantia constitucional, conforme veremos a seguir.

1.4 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma vez delineados os contornos que a Doutrina traça a respeito do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, é importante traçarmos a forma que a nossa jurisprudência tem tratado o assunto, especialmente os nossos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação das normas infraconstitucionais, e o Supremo Tribunal Federal,

⁶⁰ VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 67.

⁶¹ Idem, p. 67.

guardião da Carta Magna brasileira e competente para dar a última palavra quando o assunto for a nossa Constituição.

O Superior Tribunal de Justiça editou diversas súmulas e julgou várias lides de formar a abordar o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Cabe destacar alguns entendimentos da Corte Superior.

Por meio da Súmula 444, foi estabelecida a vedação de utilização de inquéritos policiais ou de ações penais que ainda estejam em curso a fim de agravar a pena-base do condenado, *in verbis*⁶²:

“Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Tal enunciado sumular objetiva justamente isso: garantir que o acusado não receba tratamento de condenado antes que se dê o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória definitiva.

Assim, a Corte Superior tem utilizado a mencionada súmula em diversos julgados, sempre com o intuito de garantir o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, conforme veremos a seguir.

No julgamento do HC 281.193/RJ, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, o STJ concedeu o *Habeas Corpus* ao impetrante ao entender que inquéritos policiais e ações penais em andamento não poderiam ser utilizados para agravar o regime inicial de cumprimento de pena bem como para negar a substituição de pena restritiva de liberdade. Abaixo, vejamos a ementa do julgado (grifei)⁶³:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVAÇÃO DO REGIME INICIAL E NÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COM BASE EM INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA,

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 444*. Terceira Seção. Brasília, 28 de abril de 2010. Publicado em DJe 13/05/2010, RSTJ vol. 218, p. 712. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=62>>. Acesso em 9 mar. 2014.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 281193/RJ. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Vando de Abreu Cabral. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 4 de fevereiro de 2014. Publicado em: DJe 17/02/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=281193&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 9 mar. 2014.

DA SÚMULA N.º 444/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado à pena corporal de 02 anos de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 155, §4.º, inciso I, do Código Penal.

4. Não há ilegalidade a ser sanada na via do habeas corpus quando o regime inicial é fixado com expressa menção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Mesmo que esses argumentos não sejam utilizados para a exasperação da pena-base, a demonstrar a benevolência das instâncias ordinárias, nada impede que incidam para o específico fim de agravar o regime prisional, sem que isso implique violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, que é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso somente caso seja motivada pela gravidade abstrata do delito. Precedentes.

5. **No caso, todavia, o argumento utilizado pelo Tribunal de origem para agravar o aspecto qualitativo da pena (regime prisional) e para vedar a substituição da pena privativa de liberdade é manifestamente inidôneo.**

6. **A teor da Súmula n.º 444/STJ, "[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Se se entende que processos criminais ou inquéritos policiais em trâmite não levam à exasperação da pena-base, então, por identidade de premissas (cognição processual exauriente e princípio da presunção de não-culpabilidade), apenas condenações transitadas em julgado podem ser consideradas compatíveis com os "antecedentes" a que fazem referência o art. 59 e o art. 44, inciso III, do Código Penal.**

7. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido de ofício para o fim de, confirmando a liminar, fixar o regime aberto como regime inicial para cumprimento da reprimenda, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais o estabelecimento das condições do regime inicial e das novas reprimendas".

Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 223.339/GO, embora mantendo a condenação do paciente, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no tocante à dosimetria da pena. Entendeu a Corte Superior que a menção genérica aos antecedentes sociais do réu não pode ser aceita para aumentar a pena-base do acusado. Tal conduta resultaria em afronta ao Princípio da Presunção da Não Culpabilidade. Seria necessário demonstrar a existência de sentença condenatória transitada em julgada para implicar majoração

da pena relativa aos antecedentes. Vejamos abaixo a ementa do citado julgado (grifei)⁶⁴:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 1.º, INCISO II, DO DECRETO-LEI N.º 201/67, NA FORMA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. ARGUIDA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. IMPROCEDÊNCIA. TESE RELATIVA À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO PARA EMBASAR A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE LOCOMOÇÃO. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DA VIA ELEITA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

(...)

4. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

(...)

6. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação às consequências do delito. Precedente.

7. Consoante a jurisprudência desta Corte, a menção genérica aos "antecedentes sociais" do Acusado, sem a demonstração da existência de sentença condenatória com trânsito em julgado, não se presta a majorar a pena-base a título de Maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Precedentes.

(...)

10. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente concedido para, mantida a condenação do Paciente, **reformular o acórdão impugnado e a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto**”.

Podemos destacar, ainda, o enunciado da Súmula 9/STJ que relaciona dois institutos aparentemente contraditórios: a Prisão Provisória e o Princípio da

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 223339/GO. Quinta Turma. Impetrante: Roberto Serra da Silva Maia. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Paciente: Grimalde Pires da Silveira. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 5 de dezembro de 2013. Publicado em: DJe 03/02/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=223339&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 9 mar. 2014.

Presunção de Não Culpabilidade, até então denominado por Princípio da Presunção de Inocência, *in verbis*⁶⁵:

“Súmula 9/STJ: A exigência da Prisão Provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da Presunção de Inocência”.

Sendo assim, o STJ entendeu que a negativa do apelo em liberdade do réu, por si só, não ofende a garantia constitucional da Presunção de Não Culpabilidade. Este entendimento, consolidado na Súmula supracitada, foi reiterado diversas vezes, conforme se observa, por exemplo, no julgamento HC 114.916/SP. Assim vejamos⁶⁶:

“HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL POR FORÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. GRAVIDADE CONCRETAMENTE DEMONSTRADA PELO *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA.

1. Quando a negativa do apelo em liberdade utiliza-se dos mesmos fundamentos da decisão judicial que indeferiu o pedido de liberdade provisória, é possível examinar a legalidade da custódia preventiva, pois se renova o constrangimento ilegal perpetrado contra o acusado.

2. A negativa do benefício de liberdade provisória, mantida pelo decreto condenatório, foi satisfatoriamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do Paciente, concretamente demonstrada, em se considerando, sobretudo, o *modus operandi* utilizado na prática do roubo, executado com emprego de armas de fogo e concurso acima do número mínimo de pessoas, bem como a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era organizada, o que evidencia a periculosidade da ação ao meio social. Precedentes.

3. ***A negativa do apelo em liberdade ao réu que, preso em flagrante, assim permaneceu durante toda a instrução criminal, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, pois nada mais é do que efeito da sentença penal que o condenou, a teor do disposto no art. 393, inciso I, do Código de***

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 9*. Terceira Seção. Brasília, 6 de setembro de 1999. Publicado em DJ 12/09/1990, p. 9278 RSTJ, vol. 16 p. 251, RT vol. 661 p. 324. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=497>> Acesso em 9 mar. 2014.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 114916/SP. Quinta Turma. Impetrante: Emerson Clairton dos Santos. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Thiago Carriço da Silva. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 13 de agosto de 2009. Publicado em: DJe 08/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=HC+114916&processo=114916&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 9 mar. 2014.

Processo Penal. Aplicação, na hipótese, do enunciado n.º 09 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

4. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado”.

Nesse mesmo sentido, foi o entendimento da Sexta Turma do STJ, no julgamento do HC 56.438/PB, ao consignar que a Súmula 9 deve ser compreendida no sentido de que “a Prisão Preventiva, quando revestida de necessária cautelaridade, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência”⁶⁷:

“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVOS CONCRETOS. IMPRESCINDIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

A decretação da prisão preventiva deve, necessariamente, estar amparada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado está obrigado a apontar os elementos concretos ensejadores da medida.

No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência de *periculum libertatis*.

A Súmula 9 desta Corte deve ser compreendida no sentido de que a prisão preventiva, quando revestida de necessária cautelaridade, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência.

A gravidade do crime não pode servir como motivo *extra legem* para decretação da prisão provisória.

Ordem CONCEDIDA, para revogar a prisão preventiva, se por outro motivo não estiver preso, mediante compromisso, expresso em termo apropriado, de comparecer a todos os atos processuais”.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal do Brasil, também já se pronunciou em diversas ocasiões acerca do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.

No julgamento do RHC 108.440/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, a Primeira Turma consignou que o Princípio de Presunção de Não Culpabilidade não impede de forma absoluta, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 56438/PB. Sexta Turma. Impetrante: Francisco de Andrade Carneiro Neto e outro. Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Paciente: Valquíria Maurício de Alcântara. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, 8 de agosto de 2006. Publicado em: DJ 11/09/2006 p. 348. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=56438&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 9 mar. 2014.

final processo. Exige-se, tão somente, que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas, *in verbis* (grifei)⁶⁸:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RECEBIDO COMO HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. ***A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. “A antecipação cautelar da prisão”, conforme lição do eminente Ministro Celso de Mello, “não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade” (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28.8.2008, DJE nº 165, de 2.9.2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória.*** O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. ***Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.***

2. O fato do acusado estar foragido há cerca de três anos, tendo conhecimento do processo, justifica a manutenção da prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal.

3. Na espécie, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada e embasada em elementos concretos comprobatórios de sua necessidade.

4. O tema da extensão ao paciente da liberdade provisória concedida ao corréu não foi debatido pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impossibilita seu conhecimento diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância.

5. Ordem denegada”.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus*. RHC 108440/DF. Primeira Turma. Recorrente: José Bispo dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 3 de abril de 2012. Publicado em: DJe 17/4/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+108440%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyu3dlu>> . Acesso em 9 mar. 2014.

Faz-se necessário destacar o pronunciamento da Suprema Corte acerca do art. 44 da Lei 11.343/2006, que assim dispõe⁶⁹:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

No julgamento do HC 97.256/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 44 da Lei 11.343/2006, que veda a concessão de liberdade provisória ao réu preso em flagrante pelo crime de tráfico de entorpecentes, afronta os Princípios da Presunção de Não Culpabilidade e da Dignidade Humana. Na ocasião, determinou o retorno dos autos ao juízo de origem para a apreciação da existência (ou não) dos requisitos necessários à Prisão Preventiva e declarou inconstitucional a parte final do mencionado dispositivo legal. Assim vejamos (grifei)⁷⁰:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. **DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA** (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com

⁶⁹ BRASIL. *Lei n 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 9 mar. 2014.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 97.256/RS. Plenário. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Relator: Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 1 de setembro de 2010. Publicado em: DJe 16/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897256.NUME.+OU+97256.ACMS.%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/p6cwtjy>> . Acesso em 9 mar. 2014.

protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. ***Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente”.***

No entanto, em que pese a declaração de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, a Suprema Corte continuou a entender que o indeferimento da liberdade provisória é possível e não viola o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, desde que com fundamento na custódia da

garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, a ser verificada pelo juízo singular, de acordo com a análise do caso concreto (grifei)⁷¹:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. WRIT IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. ART. 44 DA LEI 11.343/06: INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO PLENÁRIO DESTA CORTE NO JULGAMENTO DO HC 97.256. SUBSISTÊNCIA, NO ENTANTO, DA JUSTIFICATIVA DA NECESSIDADE DA PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA SEQUER PELA CORTE ESTADUAL. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O artigo 44 da Lei 11.343/06 – que veda a concessão de liberdade provisória ao indivíduo preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes – foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 97.256, Relator o Ministro Ayres Britto, sessão de 10 de maio de 2012. Naquela ocasião, o Pleno desta Corte decidiu que o referido dispositivo afronta os princípios da presunção de não culpabilidade e da dignidade humana, determinando, todavia, o retorno dos autos ao juízo de origem para que fosse apreciada a existência, ou não, dos requisitos da prisão preventiva, à luz do artigo 312 do Código de Processo Penal.

2. In casu, contudo, o indeferimento da liberdade provisória não se deu com respaldo na vedação legal declarada inconstitucional por esta Corte, mas, sim, com fundamento na necessidade da custódia para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. Isso porque o magistrado singular concluiu que há elementos concretos que indicam que, caso seja posto em liberdade, o paciente continuará praticando a traficância. Acrescentou, ainda, que a custódia facilitará o reconhecimento do acusado pelas testemunhas.

3. Ademais, no julgamento do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator acrescentou que a segregação cautelar justifica-se em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pela quantidade da droga apreendida (cinquenta e seis gramas de crack).

(...)

8. Agravo regimental a que se nega provimento”.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Habeas Corpus*. AgRg em HC 119554/SP. Primeira Turma. Agravante: Alan Junior Correia Silva. Agravado: Relator do HC 278.689 do STJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 5 de novembro de 2013. Publicado em: DJe 25/11/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28119554.NUME.+OU+119554.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oso3thv>> . Acesso em 9 mar. 2014.

Finalmente, convém ressaltar que, no julgamento do HC 84.078/MG, a Suprema Corte declarou inconstitucional a execução provisória da pena, uma vez que contraria o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e afronta o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Vejamos (grifei)⁷²:

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. ***A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".***

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

(...)

6. ***A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição,*** apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena,

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 84078/MG. Plenário. Impetrante e Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Publicado em: DJe 26/2/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078.NUME.+OU+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pcvolgr>> . Acesso em 9 mar. 2014.

sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, ***no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado***. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). ***É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida***".

Diante disso, percebe-se que a nossa jurisprudência, particularmente o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, tribunais superiores que foram objeto de análise em nosso estudo, possui um vasto número de julgados em que se percebe uma clara preocupação em assegurar a fiel observância à garantia constitucional da Presunção de Não Culpabilidade, como um dos alicerces do nosso sistema processual penal.

2 PRISÃO PREVENTIVA

Após a análise do Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e suas nuances, nos deteremos em nosso objeto de estudo: a Prisão Preventiva. Nosso objetivo é de traçar os pormenores desse importante instrumento do sistema processual penal, a partir de seu conceito, natureza jurídica, fundamentos, pressupostos, requisitos, permissões e proibições, bem como outras considerações pertinentes à matéria.

2.1 NOÇÕES GERAIS DA PRISÃO PREVENTIVA – CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A Prisão Preventiva está prevista no Código de Processo Penal nos artigos 311 a 316. Seus requisitos serão analisados *a posteriori*. Contudo, convém destacar que o permissivo legal que a estipulou⁷³:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.(Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011)”.

Tourinho Filho nos esclarece que toda forma de prisão prévia a uma condenação definitiva é sempre uma prisão preventiva. Sendo assim, para o renomado autor, a Prisão Preventiva é uma espécie do gênero que se denomina de “prisão cautelar de natureza processual”⁷⁴.

O doutrinador reforça, ainda, que a Prisão em Flagrante é uma forma de prisão preventiva *lato sensu*, uma vez que anterior à condenação definitiva⁷⁵. Sendo assim, a Prisão Preventiva *stricto sensu*, esculpida nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal, é aquela que interessa ao nosso presente estudo.

Capez, por sua vez, traz a seguinte definição para a Prisão Preventiva⁷⁶:

⁷³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 de mar. de 2014.

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 543.

⁷⁵ Idem, p. 543-544.

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

“Prisão Cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.

O autor também se posiciona no sentido de que a natureza jurídica do instituto seria tipicamente cautelar, uma vez que busca preservar a eficiência de um provimento futuro jurisdicional. Segundo Capez, o exercício da jurisdição poderia tornar-se inócuo em determinadas situações, caso o acusado permanecesse em liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E, por possuir natureza cautelar, adverte que somente pode ser decretada em situações excepcionais⁷⁷.

Mirabete define a Prisão Preventiva como um termo de aceção ampla e, assim como os autores anteriormente citados, preceitua que trata-se de um conceito para “designar a custódia verificada antes do trânsito em julgado da sentença”⁷⁸. Para ele, como forma de prisão cautelar, a Prisão Preventiva abarca as seguintes formas de limitação à liberdade individual: prisão em flagrante, prisão decorrente da pronúncia, prisão temporária, prisão que resulta da sentença condenatória e, finalmente, prisão preventiva *stricto sensu*⁷⁹.

A Prisão Preventiva em seu sentido estrito, que é o nosso objeto de análise, seria⁸⁰:

“(...) uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança”.

Mirabete ressalta, ainda, que o instituto da Prisão Preventiva, apesar de inúmeras críticas, está presente em todas as nações civilizadas do mundo. Para ele, trata-se de um “mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar”⁸¹. No entanto, devido à sua natureza de coação processual, somente justifica-se a sua adoção em situações excepcionais⁸².

⁷⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 389.

⁷⁹ Idem, p. 389.

⁸⁰ Idem, p. 389.

⁸¹ Idem, p. 389.

⁸² Idem, p. 389.

Lopes Jr.⁸³ traz uma importante advertência. Para que possa ser constitucionalmente legitimada, a Prisão Preventiva deverá observar e cumprir os seguintes princípios que serão posteriormente analisados em profundidade: jurisdicionalidade (somente pode haver sua decretação por ordem fundamentada de juiz natural devidamente competente), provisionalidade (é uma medida situacional que, uma vez desaparecida a situação fática que a ensejou, o acusado deve ser posto em liberdade), provisoriedade (temporária, de breve duração), excepcionalidade (deve ser adotada somente em último caso) e proporcionalidade (ponderação entre a gravidade da medida e finalidade buscada). Do contrário, estaremos diante de uma medida desnecessária e desproporcional de antecipação de medida, o que é inconstitucional.

Pacelli reforça a natureza de cautelaridade da Prisão Preventiva, uma vez que ela visa evitar que possíveis condutas pelo suposto autor, ou ainda por um terceiro, possam trazer prejuízos à persecução penal e colocar em risco a efetividade da investigação e até do próprio processo penal⁸⁴.

Sendo assim, segundo Pacelli⁸⁵:

“Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade”.

O autor⁸⁶ alerta ainda para a necessidade de sua decretação estar revestida das formalidades exigidas na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, *in verbis* (grifei)⁸⁷:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

⁸³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95-97.

⁸⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542.

⁸⁵ Idem, p. 542.

⁸⁶ Idem, p. 543.

⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de fev. de 2014.

LXI - ***ninguém será preso*** senão em flagrante delito ou ***por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente***, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Sendo assim, diante de tudo o que foi exposto, compilando-se o posicionamento dos diversos autores e doutrinadores anteriormente expostos, podemos concluir que a Prisão Preventiva é uma espécie de Prisão Provisória, uma vez que decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que tem por objetivos garantir a efetividade da investigação e do processo penal, e somente pode ser adotada em situações excepcionais, devido à sua natureza cautelar e restritiva de liberdade, devendo ser observados e cumpridos os requisitos legais e constitucionais impostos para que não se transforme em arbitrário exercício de força por parte do Estado.

2.2 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

O art. 312 do Código de Processo Penal traz em seu bojo os pressupostos e os fundamentos pelos quais o juiz poderá decretar a Prisão Preventiva do acusado, *in verbis*⁸⁸:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Neste tópico do nosso estudo, iremos nos ater à análise dos dois pressupostos da Prisão Preventiva, previstos na parte final do art. 312 do CPP: a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Mirabete⁸⁹ nos esclarece que o primeiro requisito está diretamente ligado à materialidade do crime. Assim, segundo o renomado autor, faz-se necessária a presença de provas de que o fato criminoso efetivamente ocorreu, tais como

⁸⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 de mar. de 2014.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390.

documentos, prova testemunhal, laudos de exame de corpo de delito e etc. A decretação da Prisão Preventiva resultado de uma simples suspeita ou de indícios de que um ilícito penal ocorreu não se justificaria, uma vez que não estaria comprovada a sua materialidade.

Quanto ao segundo pressuposto, relativo à autoria do delito, Mirabete preceitua que a lei se satisfaz com a presença tão somente de indícios, não sendo necessária a sua comprovação. Não são necessários que os indícios sejam unívocos e concludentes. Não se exige certeza. Caberia ao juiz, utilizando-se de seu prudente arbítrio e elementos já presentes nos autos, aferir se os indícios de autoria do delito estão presentes⁹⁰.

Mirabete⁹¹ sintetiza seu entendimento afirmando que é preciso que o magistrado encontre no caso o *fumus boni juris*, ou seja, “a fumaça do bom direito”, apontando para o acusado a autoria da infração penal. Não estando presentes os indícios de autoria, incabível será a decretação de Prisão Preventiva.

Tourinho Filho⁹² alerta para a necessidade estarem presentes os dois requisitos obrigatoriamente para que a Prisão Preventiva possa ser decretada. Ausente um deles, não pode o juiz assim o determinar.

Para ele, sem o primeiro requisito, o da materialidade do crime, a Prisão Preventiva se revestirá de “injustificável violência, que os nossos estatutos legais decididamente repelem”⁹³.

No tocante ao segundo requisito, Tourinho Filho alerta que os indícios de autoria devem ser suficientes para convencer o magistrado e de que a expressão “indício suficiente” deve configurar uma probabilidade devidamente suficiente e não tão somente uma mera possibilidade⁹⁴.

Pacelli traz uma importante observação quanto ao requisito da materialidade do crime. Segundo o renomado doutrinador, se o juiz, diante das provas arroladas nos autos, se deparar diante de uma situação que o agente teria praticado o fato em legítima defesa, ou em estado de necessidade, ou ainda

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 390.

⁹¹ Idem, p. 390.

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 547.

⁹³ Idem, p. 548

⁹⁴ Idem, p. 548

presente qualquer causa excludente da ilicitude, afastar-se-ia a materialidade e, portanto, a Prisão Preventiva seria incabível⁹⁵.

Capez, por sua vez, ressalta que quanto ao pressuposto da exigência de indícios de autoria, não se exige a prova plena e que, havendo dúvida, esta milita em favor da sociedade (princípio do *in dubio pro societate*), e não do acusado, *in verbis*⁹⁶:

“Nota-se que, nessa fase, não se exige prova plena, bastando meros indícios, isto é, que se demonstre a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. A dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*). Nesse sentido: “Não se pode exigir para prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória” (RT, 554/386).”

Para ele, os requisitos nada mais são do que os pressupostos da tutela antecipada no processo civil (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), adaptados aos sistema processual penal⁹⁷.

Fernandes⁹⁸, por sua vez, nos esclarece que os dois princípios da antecipação de tutela, quando utilizados no sistema processual penal recebem a terminologia de: *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Finalmente, cabe ressaltar as precisas palavras de Lopes Jr. quanto aos dois requisitos da Prisão Preventiva. Ao se referir ao pressuposto do *fumus comissi delicti*, o renomado autor assim se pronunciou⁹⁹:

“A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito”.

“Interpretando as palavras de CARNELUTTI, requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.)”.

⁹⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 546.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 325.

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 324-325.

⁹⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 293.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

Prosseguindo, o requisito do *periculum libertatis*, por sua vez, seria o “perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”¹⁰⁰.

Diante disso, após analisar os dois pressupostos, o próximo objetivo de nosso estudo é traçarmos os fundamentos, ou seja, as situações previstas no art. 312 do CPP que poderão ensejar a decretação da Prisão Preventiva.

2.3 FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Antes de adentrarmos ao estudo dos fundamentos da prisão preventiva, convém relembrarmos o que o art. 312 do Código de Processo Penal estipula a seu respeito (grifei)¹⁰¹:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Da leitura do mencionado dispositivo legal, observamos que não basta a presença dos dois pressupostos anteriormente explanados. É preciso que a prisão preventiva tenha um dos quatro fundamentos para ser decretada: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal.

A seguir, iremos analisar cada um dos quatro fundamentos de maneira pormenorizada.

¹⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 104.

¹⁰¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 de mar. de 2014.

2.3.1 Da Garantia da Ordem Pública

Preliminarmente, nos vem à cabeça a seguinte indagação: o que é a “ordem pública” esculpida na legislação processual penal?

Mirabete¹⁰² expõe que não há um conceito estratificado na jurisprudência sobre o que vem a ser a expressão “da garantia da ordem pública”. Contudo, ressalta o renomado autor que a periculosidade do réu é o principal fator utilizado para embasar tal medida cautelar.

Adverte ainda que o conceito não visa somente evitar a reiteração criminosa por parte do agente, mas abriga também a cautela ao meio social e a própria confiabilidade das instituições judiciárias em face da repercussão e gravidade do delito¹⁰³.

Contudo, Mirabete alerta para o fato de que “não se pode confundir ‘ordem pública’ com o ‘estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado crime’”¹⁰⁴. Até para os crimes hediondos seria necessário o preenchimento dos demais pressupostos exigidos para a decretação da Prisão Preventiva.

Para Capez, a garantia da ordem pública é aquela que legitima a prisão cautelar decretada “com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”¹⁰⁵.

O doutrinador¹⁰⁶ complementa sua argumentação indicando que na primeira hipótese há um receio social de que eventual demora na prestação jurisdicional resulte na possibilidade de que o sujeito pratique inúmeros outros crimes, enquanto que no segundo caso a brutalidade do crime gera enorme comoção da sociedade e a sensação de impunidade e descrença na justiça evidenciam *periculum in mora* legitimador da custódia.

¹⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

¹⁰⁴ Idem, p. 391.

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 325.

¹⁰⁶ Idem, p. 325-326.

Nucci alerta que a garantia da ordem pública é a hipótese que possui “interpretação mais ampla e insegura na avaliação da necessidade da prisão preventiva”¹⁰⁷.

Para ele¹⁰⁸, nesse caso, deve-se observar a observância de três requisitos: a) gravidade da infração; b) repercussão social; c) periculosidade do agente. Alerta, ainda, que trata-se de um importante mecanismo de assegurar e proteger a credibilidade do Judiciário perante a sociedade.

Pacelli segue o mesmo entendimento dos demais doutrinadores quanto à dificuldade de se definir ordem pública. Todavia, ressalta que a nossa jurisprudência tem optado pelo entendimento de que o mencionado fundamento busca evitar a repetição da ação criminosa, bem como se baseia na gravidade do delito cometido e na repercussão gerada¹⁰⁹.

O autor adverte ainda quanto ao risco da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública se tornar uma antecipação de culpabilidade, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico¹¹⁰:

“Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão, é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a prisão preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se percebe, a questão é bastante complexa”.

Tourinho Filho tece críticas à insuficiência terminológica do termo “garantia da ordem pública”¹¹¹:

“Quando se decreta a prisão preventiva como ‘garantia da ordem pública’, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à a nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada”.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 607.

¹⁰⁸ Idem, p. 607.

¹⁰⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 549.

¹¹⁰ Idem, p. 549.

¹¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 555.

O renomado autor expõe diversas situações em que a prisão preventiva foi decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública a fim de demonstrar a imprecisão do termo, resultando, ao seu ver, em clara violação à Constituição¹¹²:

“(...) Sem embargo, já se decretou prisão preventiva para não afetar a credibilidade da Justiça (RT, 768/573), para assegurar a integridade da vítima (JSTJ, 2/263), para cessar constrangimento contra a vítima (RT, 774/683), a repulsa gerada no meio social (JSTJ, 73/84), pela periculosidade evidenciada no crime (RT, 648/347) etc. Trata-se, a nossa juízo, de decisões que afrontam a Lei Maior. Simples pretextos para exibição de força e poder.”

Assim, Tourinho Filho¹¹³ conclui sua linha de raciocínio afirmando que a imprecisão e ambiguidade do termo permanecem, apesar das tentativas de uniformização, e que o correto é observar, nas hipóteses de decretação com fundamento na ordem pública, as cautelares previstas no art. 319 do Código Processual Penal, optando pela mais adequada e proporcional ao caso concreto.

2.3.2 Da Garantia da Ordem Econômica

Mirabete¹¹⁴ preceitua que a Prisão Preventiva baseada na garantia da ordem econômica possui por base legal o art. 20 da Lei 8.884/94, bem como as Leis 8.137/1990, 7.492/1986, ou ainda, a Lei 1.521/1952.

Tourinho Filho, por sua vez, adverte que não se deve confundir ordem econômica com ordem tributária. Assim, critica o posicionamento de juízes que decretam a Prisão Preventiva nos delitos em que o valor da sonegação tributária é elevado, sob o argumento da garantia da ordem econômica¹¹⁵.

Para Nucci, a decretação da prisão com fundamento na ordem econômica procura “impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área”¹¹⁶.

¹¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 556.

¹¹³ Idem, p. 557-558.

¹¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 562.

¹¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 608.

Pacelli¹¹⁷ critica tal fundamento e entende que a expressão “garantia da ordem econômica” é inadequada. Para ele, se a medida é decorrente do risco contra a ordem econômica, a medida cautelar mais indicada e precisa para o caso seria decretar ou sequestro ou até mesmo a indisponibilidade dos bens dos acusados pelo delito.

Lopes Jr.¹¹⁸ acompanha Pacelli na crítica quanto à terminologia. Para ele, o preceito invocado tem pouca utilização forense, uma vez que suas razões são comumente invocadas para justificar a prisão decretada para garantia da ordem pública, e não da ordem econômica.

2.3.3 Da Conveniência da Instrução Criminal

Para Mirabete, o fundamento da conveniência da instrução criminal procura proteger a prova processual, impedindo que o criminoso possa fazer com que as provas do crime desapareçam, por meio de condutas ilícitas, tais como ameaça a testemunhas, subornos ou alteração de provas¹¹⁹.

Tourinho Filho enumera algumas situações em que a Prisão Preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal faz-se necessária¹²⁰:

“Se, entretanto, o réu lhe cria obstáculos, ameaçando testemunhas, fazendo propostas a peritos, tentando convencer o Oficial de Justiça a ‘não encontrar as pessoas que devem prestar esclarecimentos em juízo’ etc., seu encarceramento torna-se necessário por conveniência da instrução.”

Capez, por sua vez, preceitua¹²¹:

“Conveniência da instrução criminal: visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o periculum in mora, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo.”

¹¹⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 548.

¹¹⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

¹¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

¹²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 558.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

Nucci¹²² expõe que práticas do acusado no sentido de perturbar o andamento escorreito, equilibrado e imparcial da instrução criminal são motivos suficientes para se decretar a Prisão Preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal.

Lopes Jr.¹²³ critica o termo “conveniência”, uma vez se tratar de expressão aberta e com grande discricionariedade. Entende ser incompatível com o instituto da Prisão Preventiva, medida excepcional. Assim, somente seria legítima a sua decretação com base nesse fundamento quando a necessidade e proporcionalidade assim o permitirem.

2.3.4 Assegurar a aplicação da Lei Penal

Mirabete esclarece que a Prisão Preventiva com fundamento em assegurar a aplicação da lei penal é aquela que visa impedir o “desaparecimento do autor da infração que pretenda se subtrair aos efeitos penais da eventual condenação”¹²⁴. Assim, ela objetiva impedir a fuga do acusado ou que ele dificulte o andamento processual, o que poderia acabar resultando em retardamento ou ineficácia da aplicação da lei penal¹²⁵.

Tourinho Filho aduz que “se o indiciado ou réu está se desfazendo dos seus bens de raiz injustificadamente, se ‘lhe é indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos da repressão penal’, a medida cautelar se impõe”¹²⁶. O objetivo aqui é o de evitar o *periculum libertatis* e garantir a eficácia da lei penal.

Capez traz outras hipóteses, além da iminente fuga do agente, em que a Prisão Preventiva pode ser decretada com fundamento na aplicação da lei penal. Para ele, “se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo”¹²⁷.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 609.

¹²³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 391.

¹²⁵ Idem, p. 391.

¹²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 559.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 326.

Segundo Nucci¹²⁸, “assegurar a finalidade útil do processo penal”, ou seja, “proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal”, é o que dá base ao fundamento de garantir a aplicação da lei penal.

Finalmente, convém ressaltar o posicionamento de Lopes Jr. ao advertir que o perigo decorrente da liberdade do acusado deve ser real e demonstrado a partir do conjunto fático-probatório do caso concreto, não se aceitando presunções ou simples ilações¹²⁹.

2.4 CIRCUNSTÂNCIAS LEGITIMADORAS E PROIBITIVAS

Uma vez atendidos os pressupostos e presente um dos fundamentos necessários à decretação da prisão preventiva, o Código de Processo Penal estipula as hipóteses em que a Prisão Preventiva será admitida ou proibida, *in verbis* (grifei)¹³⁰:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, **será admitida a decretação da prisão preventiva**: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. **Também será admitida a prisão preventiva** quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 609.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

¹³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 8 de maio de 2014.

Art. 314. **A prisão preventiva em nenhum caso será decretada** se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)".

Mirabete¹³¹ traz algumas observações sobre as circunstâncias acima elencadas. Adverte que a lei prevê a expressão "crime", em contraposição a "contravenção", hipótese esta que não admite Prisão Preventiva. Em contrapartida, quando houver as excludentes de ilicitude, ou seja, a legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, incabível será a sua decretação.

Outra hipótese em que a Prisão Preventiva não pode ser decretada, alerta o renomado doutrinador, é quando o crime foi apenado com detenção à época do fato, exceto as situações dos incisos II e III do art. 313 do CPP¹³².

Pacelli, de maneira clara e inequívoca, sintetiza os requisitos normativos que dispositivo legal *supra* traz em seu bojo, ao afirmar que, como regra geral, há duas situações em que a Prisão Preventiva é permitida¹³³:

- a) crimes dolosos e com pena máxima superior a 4 anos de pena privativa de liberdade. Nessa hipótese legal, as contravenções penais e os crimes culposos estão terminantemente afastados;
- b) demais crimes dolosos, ou seja, aqueles com pena inferior a 4 anos, se o aprisionado, além de atender aos requisitos do art. 312 do CPP, for reincidente e esta condenação for relativa a outro crime doloso.

O renomado autor complementa ainda as hipóteses de cabimento da Prisão Preventiva, ao mencionar os casos em que a identidade civil do acusado está posta em dúvida, além das hipóteses de crime envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, como forma de garantir a execução e efetividade das medidas de urgência adotadas em conformidade com lei específica¹³⁴.

¹³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 393.

¹³² Idem, p. 393.

¹³³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 553.

¹³⁴ Idem, p. 553.

Contudo, Tourinho Filho¹³⁵ tece severas críticas à decretação da Prisão Preventiva nas hipóteses de violência doméstica. Para ele, bastaria que a autoridade judiciária decretasse a detenção do acusado de violência doméstica pelo tempo que fosse suficiente e necessário para a execução eficiente da medida protetiva. A preventiva, nesse caso, não seria adequada, já que ausentes as circunstâncias legais que a autorizariam.

Pacelli adverte, ainda, para a impossibilidade de sua decretação, além das hipóteses legais do parágrafo único do art. 313 do CPP, quando se tratar de período eleitoral¹³⁶.

Nucci¹³⁷, por sua vez, preceitua que além das excludentes de tipicidade, devem ser incluídas, por analogia, entre as causas impeditivas de Prisão Preventiva aquelas que eliminam a culpabilidade, já que são causas de exclusão de crime, como, por exemplo, a prática sob coação moral irresistível ou tendo o agente caído em erro de proibição.

2.5 FUNDAMENTAÇÃO

O art. 315 do Código de Processo Penal determina que toda decisão acerca da Prisão Preventiva deverá ser devidamente motivada, *in verbis*¹³⁸:

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Tourinho Filho¹³⁹ esclarece que, independentemente do fundamento pelo qual a Prisão Preventiva foi decretada, em todos os casos deverá o juiz demonstrar a sua necessidade, a partir de elementos presentes no processo ou no inquérito.

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 569.

¹³⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 562.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 613.

¹³⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

¹³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 570.

Capez¹⁴⁰, por sua vez, adverte que as alterações provocadas pela Lei 9271/1996, que modificou o art. 366 do CPP, não recriaram a “prisão preventiva obrigatória”, seja porque a Prisão Preventiva somente é cabível quando presentes os pressupostos e fundamentos já expostos anteriormente (arts. 312 a 314 do CPP), seja porque houve previsão expressa por parte do legislador de que sua decretação somente é possível se for necessário.

Mirabete¹⁴¹ preceitua que, se carente de fundamentação legal, a decisão implicará constrangimento ilegal, não bastando uma simples referência genérica aos autos. Assim vejamos¹⁴²:

“(...) O despacho deve conter, aliás, uma exposição fundada em dados concretos, não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência aos autos, vagas alusões ao acusado ou suposições negativas quanto ao seu caráter pessoal, ou, ainda se reduzir a mera transcrição dos dizeres legais. É indispensável que se fundamente em fatos concretos que lhe proporcionem fomento, e não em meras suposições. (...)”

Nucci¹⁴³ lembra que a exigência de fundamentação decorre também do proposto texto constitucional, que traz a previsão no art. 93, IX, de que toda decisão judicial deve ser devidamente fundamentada, razão pela qual, ao impor uma restrição à liberdade do indivíduo, a fundamentação seria ainda mais imperiosa.

2.6 DECRETAÇÃO, REVOGAÇÃO E REDECRETAÇÃO

Um importante aspecto a ser analisado quando do estudo da Prisão Preventiva é detectarmos os momentos em que ela poderá ser decretada.

Mirabete¹⁴⁴ esclarece que tal medida de custódia preventiva pode, em consonância com os ditames do art. 311 do CPP, ser decretada em qualquer momento do inquérito policial ou ainda quando da instrução criminal, seja nas hipóteses de ação pública, seja nos casos de ação privada.

¹⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

¹⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 395.

¹⁴² Idem, p. 395.

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 609-610.

¹⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 393.

O renomado doutrinador¹⁴⁵ preceitua ainda que não há óbices para sua decretação antes mesmo de se concluir o inquérito policial, ou ainda, na sua inexistência, bastando que existam peças informativas da existência de um fato criminoso e presença dos indícios de autoria. Assim, tais peças seriam juntadas ao requerimento de decretação da custódia apresentado pelo *Parquet*.

Capez alerta para o fato de que a decisão que decreta a Prisão Preventiva ser irrecorrível, cabendo tão somente, se for o caso, a impetração de *habeas corpus*¹⁴⁶.

No que tange à revogação e redcretação da Prisão Preventiva, vejamos o que está disposto no art. 316 do CPP¹⁴⁷:

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967).

Mirabete¹⁴⁸ afirma que a Prisão Preventiva possui natureza *rebus sic stantibus*, ou seja, pode ser revogada a qualquer momento decorrente do estado da causa. Todavia, sua revogação deve estar ligada, e devidamente explicitada, ao desaparecimento dos motivos que resultaram originalmente na sua decretação.

Entretanto, uma vez presente novamente os requisitos que determinaram a custódia, pode o juiz decretá-la novamente, em conformidade com os ditames do art. 316 do CPP, *in fine*¹⁴⁹.

Capez¹⁵⁰ alerta para o fato de que o recurso cabível contra decisão que indefere ou revoga a Prisão Preventiva ser o Recurso em Sentido Estrito previsto no art. 581, V, do CPP.

Tourinho Filho tece críticas à imprecisão da terminologia “poderá”, esculpida no art. 316 do CPP para os casos de revogação da Prisão Preventiva. Para ele, o sentido não é de mera faculdade. Se constatar que as razões pelas quais

¹⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 393.

¹⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

¹⁴⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

¹⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 396.

¹⁴⁹ Idem, p. 396.

¹⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

tal medida foi decretada, não caberá outra solução a não ser a revogação da custódia preventiva¹⁵¹.

Pacelli¹⁵² esclarece que, como qualquer medida cautelar, a Prisão Preventiva deve estar condicionada à sua fundamentação. Assim, estaria sujeita à “cláusula da imprevisão”, podendo ser revogada ou renovada, em decorrência das situações fáticas. No entanto, adverte, havendo a sua revogação, nada será exigido do aprisionado, que deverá ter sua liberdade restituída em sua integralidade.

2.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PRISÃO PREVENTIVA

Após analisarmos vários aspectos atinentes à Prisão Preventiva, convém traçarmos algumas considerações finais acerca da mencionada medida de custódia processual.

Tourinho Filho¹⁵³ chama atenção para o fato de que a autoridade legal competente para sua decretação é o Juiz, tal qual previsto no art. 311 do CPP. Se de competência originária dos Tribunais, tal atribuição compete ao Relator, Juiz da instrução, em conformidade com o disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 8038/90.

Quanto ao legitimado para requerer, o autor preceitua que, em conformidade com o art. 311 do CPP, têm atribuição para tal pedido o órgão do Ministério Público, o querelante, a Autoridade Policial e o assistente de acusação, *in verbis*¹⁵⁴:

“Os dois primeiros e o último, sob a forma de requerimento, e a Autoridade Policial, sob a forma de representação. Requerimento é o pedido, solicitação. Representação, aí, tem sentido unívoco: exposição escrita de motivos. O Promotor solicita ao Juiz a decretação da preventiva. A Autoridade Policial a ele se dirige, fazendo-lhe uma exposição, mostrando-lhe a conveniência da determinação da medida extrema”.

¹⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 575.

¹⁵² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 545.

¹⁵³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 548.

¹⁵⁴ Idem, p. 568.

Finalmente, adverte para a impossibilidade de sua decretação quando se tratar de contravenção penal, por mais grave que seja, pouco importando se é afiançável ou não¹⁵⁵.

Pacelli alerta para o fato de que o Código de Processo Penal não traz a previsão de prazo para a Prisão Preventiva. Assim, para se evitar que o aprisionado fique a mercê do Estado, houve uma construção jurisprudencial no sentido de que se o réu encontrar-se preso de forma provisória, a ação penal dever ser concluída dentro dos prazos legais. Tal entendimento, segundo o autor, chegou a ser sumulado, *in verbis*¹⁵⁶:

“(...) tendo o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, sumulado a questão, consoante se vê na Súmula 52, nesses termos: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. A Súmula 21 da mesma Corte é no mesmo sentido, referindo-se, porém à decisão de pronúncia, nos procedimentos do Tribunal do Júri, para o fim de superar a alegação de excesso de prazo”.

Nucci defende uma interpretação lógico-sistemática da matéria atinente ao prazo. Pra ele, deve-se observar o princípio geral da razoabilidade, não havendo sanção para o seu descumprimento, por se tratar de prazo impróprio. No entanto, não seria adequado entender que o aprisionado poderia permanecer indefinidamente preso, tendo em vista o mencionado princípio. A melhor solução seria observar as particularidades do caso concreto, rejeitando uma padronização apriorística¹⁵⁷.

Pacelli afirma ainda que é possível a decretação da Preventiva *ex officio* pelo Juiz, desde que no curso da ação penal, uma vez que cabe a ele garantir o desenvolvimento finalístico e regular da atividade jurisdicional¹⁵⁸.

Finalmente, é imperioso destacar as severas críticas Lopes Jr. ao sistema brasileiro¹⁵⁹. Segundo ele, nosso sistema é o da “bipolaridade cautelar”, em que o só há duas alternativas ao acusado: responder ao processo em privação total de

¹⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 574.

¹⁵⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 557.

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 605.

¹⁵⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 562.

¹⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 126.

liberdade ou o direito à sua liberdade lhe é garantido. Tal mecanismo acaba criando resultados inadequados, tais como a banalização da prisão preventiva ou o sentimento de impunidade decorrente da concessão de liberdade sem restrições (ou inadequadas e escassas restrições).

Sendo assim, defende uma reforma integral, incluindo mudanças legais, bem como culturais, de forma que a Preventiva seja o último instrumento a ser aplicado no caso concreto. Antes, deve-se privilegiar medidas diversas coercitivas e interditórias, tais como: proibição de se ausentar do país, imposição de apresentação na polícia ou em juízo de forma periódica, prisão domiciliar e etc. (coercitivas) ou suspensão do pátrio poder, suspensão transitória do exercício de profissão e etc. (interditórias)¹⁶⁰.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

3 COMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA E DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE: APLICAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após analisarmos de forma separada o Princípio de Presunção de Não Culpabilidade e o instituto da Prisão Preventiva, iremos nos deter a verificarmos com ambos os institutos convivem e se há compatibilidade dos institutos entre si.

Para isso, partiremos para o estudo de como a jurisprudência os tem conciliado e aplicado nos casos concretos. Assim, nosso objeto de estudo agora será a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que tratam do assunto.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça editou diversas súmulas e julgou várias lides de formar a abordar a compatibilidade entre os dois institutos: o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e a Prisão Preventiva. Cabe destacar alguns entendimentos da Corte Superior.

Por meio da Súmula 21/STJ, foi estabelecido que, pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução, *in verbis*¹⁶¹:

“Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

Tal enunciado sumular objetiva justamente evidenciar que se houver necessidade de se decretar a Prisão Preventiva, não se pode alegar que houve constrangimento ilegal por excesso de prazo, se pronunciado o réu.

Acrescente-se a isso o enunciado da Súmula 52/STJ, que dispõe¹⁶²:

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 21*. Terceira Seção. Brasília, 6 de dezembro de 1990. Publicado em DJ 11/12/1990, RSTJ vol. 33, p. 15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2721%27>>. Acesso em 16 maio 2014.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 52*. Terceira Seção. Brasília, 17 de setembro de 1992. Publicado em DJ 24/9/1992, RSTJ vol. 38, p. 327. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%2752%27>>. Acesso em 16 maio 2014.

“Encerrada a Instrução Criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Assim, no mesmo sentido da Súmula 21/STJ, o objetivo é de superar a alegação de que houve constrangimento ilegal por excesso de prazo, se já encerrada a Instrução Criminal.

Além disso, convém destacar alguns julgados representativos de controvérsia da Terceira Seção ou de ambas as Turmas que a compõe (Quinta e Sexta Turma) a fim de caracterizar como o STJ tem compatibilizado ambos os objetos do nosso presente estudo.

A Terceira Seção do STJ consolidou o entendimento de que é imprescindível a fundamentação ao se decretar a Preventiva, em consonância com o caso concreto nas hipóteses em que ao réu é obstaculizado o direito de apelar em liberdade, com fulcro nos pressupostos da Prisão Preventiva, ainda que o acusado tenha, no curso da instrução processual, permanecido preso¹⁶³¹⁶⁴.

Tal posicionamento, segundo aquele órgão da Corte Superior, tem por fundamento a observância ao Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Se a fundamentação não fosse exigida e se esta não foi adotada com base nas circunstâncias do caso concreto, estar-se-ia antecipando o cumprimento de pena de uma eventual condenação definitiva, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

A alusão genérica e abstrata ao requisito legal, sem fazer menção às particularidades da situação fática e concreta, não é suficiente como forma de motivação para tal medida excepcional de restrição à liberdade.

Sendo assim, selecionamos dois julgados de ambas as turmas que compõem a Terceira Seção para demonstrarmos o posicionamento supraindicado de que o STJ exige a fundamentação, de acordo com o caso concreto, como forma de

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 285.566/DF. Sexta Turma. Impetrante: Edimilson Vieira Felix. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Vanderleia Fernandes Ribeiro. Relatora: Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE). Brasília, 24 de abril de 2014. Publicado em: DJe 5/5/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=285566&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 16 maio 2014.

¹⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso de Habeas Corpus*. AgRg no RHC 42.066/ES. Quinta Turma. Recorrente: Cláudio Luiz Calzavara. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Publicado em: DJe 26/2/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=42066&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 16 maio 2014.

compatibilizar a Prisão Preventiva com o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.

No primeiro deles, no julgamento do HC 285.566/DF, realizado em 24/4/2014, de relatoria Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE), a Sexta Turma do STJ reiterou o posicionamento consolidado na Terceira Seção, *in verbis* (grifei)¹⁶⁵:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DIVERSIDADE E QUALIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. PORÇÕES DE MACONHA, COCAÍNA E CRACK, ALÉM DE UMA BALANÇA DE PRECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- **A prisão cautelar é medida de excepcional, que *somente pode ser aplicada ou mantida por decisão judicial devidamente fundamentada*, observados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Em função do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, a regra é o direito de responder em liberdade a ação penal, sendo que a segregação antes do trânsito em julgado da condenação é medida de exceção, conforme inúmeros julgados desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.**

- As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou evidenciada a periculosidade concreta da paciente, tendo a Juíza de primeiro grau, em vista a natureza e a diversidade de droga apreendida (duas porções de maconha, duas porções de crack e uma porção de cocaína), além de uma balança de precisão, consignado que estavam presentes os requisitos para decretação e manutenção da custódia cautelar, destacando, ainda, as peculiaridades do caso em que houve prévia investigação com interceptação telefônica judicialmente autorizada, o que evidencia o elevado risco que a paciente solta representa ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

¹⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 285.566/DF. Sexta Turma. Impetrante: Edimilson Vieira Felix. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Vanderleia Fernandes Ribeiro. Relatora: Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJSE). Brasília, 24 de abril de 2014. Publicado em: DJe 5/5/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=285566&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 16 maio 2014.

- Ordem não conhecida.

No mesmo sentido, decidiu a Quinta Turma, no julgamento do AgRg no RHC 42.066/ES, realizado em 11/2/2014, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no qual foi pronunciado o entendimento de que a Prisão Preventiva não conflita com a Presunção de Não Culpabilidade se devidamente fundamentada a sua necessidade. Vejamos¹⁶⁶:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. LIBERDADE. REGRA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. HIPÓTESES ESTRITAS, DEVIDAMENTE MOTIVADAS PELO JUIZ. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. NATUREZA E QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. EXCESSO DE PRAZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 52/STJ. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. ***Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.***

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a manutenção da segregação cautelar, enfatizando sua necessidade devido à natureza e quantidade do entorpecente apreendido (500g de cocaína, da espécie conhecida pelo nome "nine nine", 59g de maconha, 50 comprimidos de ecstasy, anabolizantes, uma balança de precisão, materiais utilizados no embalamento e preparação da droga, dentre diversas outras substâncias), nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo". Enunciado n. 52 da Súmula deste Superior Tribunal. Quanto à informação de que o recorrente é portador do vírus HIV, o Tribunal de origem acentuou que ele contraiu o vírus em 1991, e que sua doença está controlada por meio de medicamentos. A revisão deste entendimento demandaria o revolvimento de material probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Todavia, recomenda-se celeridade no julgamento.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, com recomendação de julgamento célere da ação penal.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso de Habeas Corpus*. AgRg no RHC 42.066/ES. Quinta Turma. Recorrente: Cláudio Luiz Calzavara. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Publicado em: DJe 26/2/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=42066&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 16 maio 2014.

Outro ponto que merece destaque é: como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido a expressão “garantia da ordem pública” a fim de ser possível a decretação da Prisão Preventiva?

A Terceira Seção do STJ consolidou a jurisprudência de que não basta aferir a gravidade do delito para a sua decretação. É preciso aliá-la aos demais requisitos do art. 312 do CPC. E uma forma justificante da Prisão Preventiva é a sua decretação com o intuito de se evitar a reiteração criminosa do réu averiguada de acordo com as circunstâncias do caso concreto¹⁶⁷.

Este entendimento pode ser observado no julgamento do HC 111.111/DF, realizado em 22/10/2008 pela Terceira Seção, de relatoria da Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), com acórdão publicado no DJe de 17/2/2009¹⁶⁸.

Na mesma ocasião, aquele órgão de decisões do STJ delineou aspectos suficientes para se caracterizar a necessidade da Preventiva com vistas a assegurar a aplicação da lei penal como, por exemplo, o eminente risco de se ausentar do país.

A propósito¹⁶⁹:

PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. EXTRADIÇÃO. CASO RUMOROSO. MÁCULAS. CONSUMAÇÃO DA EXTRADIÇÃO. EXPRESSA DESISTÊNCIA QUANTO AOS PEDIDOS QUE A CERCAM. HOMOLOGAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO DE EXTRADIÇÃO QUE VEDA O PROCESSAMENTO DE AÇÕES PENAIS POR FATOS PRETÉRITOS QUE NÃO AQUELES QUE O JUSTIFICARAM. HIPÓTESE DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. VIAGEM DO ACUSADO ANTES DE HAVER QUALQUER DENÚNCIA CONTRA ELE. AFIRMAÇÃO INVERÍDICA. EXISTÊNCIA, NESSE ATO, DE UMA AÇÃO PENAL COM SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO TRANSITADA EM JULGADO E OUTRA COM DENÚNCIA OFERECIDA E PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA. CAUTELA CONSTRITIVA IMPOSTA SEM FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA QUE APENAS MANTEVE A CAUTELA, FAZENDO EXPRESSA REMISSÃO À DECISÃO QUE ANTERIOR E ORIGINARIAMENTE A

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 111.111/DF. Terceira Seção. Impetrante: Carlos Ely Eluf. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Paciente: Salvatore Alberto Cacciola. Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG). Brasília, 22 de outubro de 2008. Publicado em: DJe 17/2/2009. Disponível em: <https://intrasec.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=+111111&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 jul. 2014.

¹⁶⁸ Idem. Acesso em 27 jul. 2014.

¹⁶⁹ Idem. Acesso em 27 jul. 2014.

IMPUSERA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FASE PROCESSUAL ENCERRADA. REQUISITO SUPERADO. **GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXISTÊNCIA DE DADOS CONCRETOS NOTICIANDO O RISCO DE EVASÃO HIPÓTESE QUE VEIO REALMENTE A OCORRER. PACIENTE QUE, NATURAL DA ITÁLIA, PARA LÁ RUMOU LOGO APÓS A DECISÃO QUE SUSPENDERA, EM SEDE DE LIMINAR, OS EFEITOS DO MANDADO DE PRISÃO. VIAGEM QUE OCORRERA QUANDO O MANDADO DE PRISÃO ENCONTRAVA-SE COM EFEITOS SUSPENSOS. IDONEIDADE DA VIAGEM EM SEU RETORNO AO BRASIL POR VONTADE PRÓPRIA QUE NUNCA OCORREU. INEXISTÊNCIA DO ANIMUS DO RETORNO. VONTADE PREVALENTE DE PERMANECER NA ITÁLIA, PAÍS QUE, À SEMELHANÇA DO BRASIL, NÃO EXTRADITA SEUS NACIONAIS. INIDONEIDADE DA PERMANÊNCIA NO ESTRANGEIRO. INTENÇÃO DE SE MANTER ALHEIO À AÇÃO PENAL. FUGA INIDÔNEA, POIS NÃO TEVE COMO ESCOPO A VONTADE DE QUESTIONAR MANDADO DE PRISÃO ILEGAL.** ATITUDE OMISSA DA DEFESA, QUE APENAS VOLTOU A QUESTIONÁ-LO APÓS A CONSUMAÇÃO DA EXTRADIÇÃO. PRISÃO, ADEMAIS, QUE SE REPUTA LÍCITA. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA MAGNITUDE DA LESÃO CAUSADA. MAIS DE UM BILHÃO E MEIO DE REAIS DE PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS. **POSSIBILIDADE DE ENVOLVIMENTO DO ACUSADO EM OUTRAS PRÁTICAS DELITIVAS. RISCO DE REITERAÇÃO.** AMEAÇA A TESTEMUNHAS QUE PUDESSEM DEPOR CONTRA OS INTERESSES DA DEFESA. INSINUAÇÕES DE SUMIR COM CO-RÉU QUE PODERIA PREJUDICÁ-LO. **IDONEIDADE DA MEDIDA PARA RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA.** CAUTELA QUE NÃO SE MOSTRA COMO SIMPLES ANTECIPAÇÃO DE PENA. CAUTELARIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA OCUPAÇÃO LÍCITA. IRRELEVÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PACIENTE QUE É O ÚNICO ACUSADO QUE SE ENCONTRA CONSTRITO. TODOS OS DEMAIS SOLTOS. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. ISONOMIA QUE APENAS SE JUSTIFICARIA CASO A SITUAÇÃO DE TODOS FOSSE IDÊNTICA. NEGATIVA DE JURISDIÇÃO PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. DEMORA PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO DEFENSIVA. DILAÇÃO DE PRAZO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROCESSO QUE APENAS FICOU PRONTO PARA JULGAMENTO MAIS DE UM ANO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EM QUESTÃO. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DE VÁRIOS CO-RÉUS PROCESSOS QUE JÁ SE ENCONTRA EM VIAS DE SER REMETIDO AO REVISOR. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA. INSTRUÇÃO JÁ ULTIMADA. SENTENÇA PROLATADA. SÚM. 52/STJ. PRISÃO PROVISÓRIA QUE NÃO CHEGOU NEM MESMO A UM SEXTO DA PENA IMPOSTA NA SENTENÇA RECORRIDA. EXCESSO QUE, ADEMAIS, NÃO JUSTIFICA A SOLTURA, MAS TÃO-SOMENTE, SE FOR O CASO, A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA REPRIMENDA. DESISTÊNCIA PARCIAL HOMOLOGADA E, NO RESTANTE, DENEGADA A ORDEM.

I. Evidenciando-se que o impetrante expressamente desistiu do prosseguimento do writ no que toca aos pedidos relativos à extradição do paciente, falta interesse de agir da parte apto a impulsioná-los, razão pela qual a homologação da desistência é medida de rigor.

(...)

VI. Existindo fatores concretos aptos a respaldar a conclusão de que o agente, caso viesse a ser solto, poderia se evadir, pois é cidadão italiano (País que, assim como o Brasil, não extradita nacionais) e possuidor de vários negócios ao redor do mundo, é possível sua constrição cautelar a bem da garantia de aplicação da lei penal.

VII. Corroborada a necessidade em comento em **função da efetiva fuga do agente**, o qual, logo após a decisão que, em sede de liminar, suspendera a eficácia do mandado de prisão, viajou às pressas para a Itália, lá permanecendo sem qualquer intenção de retornar.

VIII. Ocorrida quando os efeitos da prisão cautelar do paciente estavam suspensos por decisão da Suprema Corte, a viagem do acusado para Itália, em si, é idônea, porém, não o é sua permanência no estrangeiro sem demonstrar qualquer vontade de retornar, **com o evidente animus de se manter alheio à ação penal.**

IX. Ademais, não se aplica ao presente caso o entendimento jurisprudencial segundo o qual a fuga do agente com a única intenção de discutir o decreto prisional é idônea, eis que, *in casu*, a Defesa se eximiu de discutir a prisão preventiva após a chegada do agente na Itália, desistindo, inclusive, dos writs impetrados perante este Superior Tribunal de Justiça e o egrégio Supremo Tribunal Federal, voltando a se insurgir contra a medida apenas após sua captura pela Interpol.

X. **A magnitude da lesão causada** (prejuízo que ultrapassou a órbita de um bilhão e meio de reais aos cofres públicos), **desde que aliada aos demais requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, é fator capaz de influenciar na decisão que examina o pedido de prisão preventiva do acusado. Inteligência do artigo 30 da Lei 7.492/1986.**

XI. Havendo nos autos notícias segundo as quais o ora paciente poderia estar ligado a outras ações delitivas, é legal a constrição provisória baseada no risco de reiteração delitiva, a bem da manutenção da ordem pública.

XII. A existência de ameaças a testemunhas que poderiam depor contrariamente aos interesses da defesa do ora paciente, assim como de insinuações a respeito do possível “sumiço” de um co-réu que poderia lhe prejudicar, além de interferir na instrução criminal, também pode ser levado em conta para fundamentar a necessidade da medida extrema para o resguardo da ordem pública.

XIII. **Demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal diante de fatores concretos presentes nos autos, a prisão preventiva do paciente se reveste de inequívoca natureza cautelar** (*carcer ad custodiam*) e, portanto, **não afronta a garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade, sendo totalmente infundada a alegação no sentido de que ela seria mera antecipação de pena (carcer ad poenam).**

(...)
XXII. Homologada a desistência parcial do pedido e, no restante, **denegada a ordem impetrada**.

Finalmente, convém destacarmos um outro alcance para a expressão “garantia da ordem pública”. Ambas as turmas que compõem a Terceira Seção do STJ formaram jurisprudência no sentido de que garantir a respeitabilidade das instituições afetadas diretamente pelo crime, em especial o Poder Judiciário, dá ensejo à decretação da Prisão Preventiva observadas, obviamente, as circunstâncias do caso concreto¹⁷⁰.

No julgamento HC 208.172/PA¹⁷¹, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, realizado em 1º/10/2013, com acórdão publicado em 10/10/2013, a Quinta Turma frisou que o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade é um dos pilares mais importantes da nossa Constituição. No entanto, ele não pode ser um obstáculo que impeça assegurar a respeitabilidade das instituições públicas e da ordem social, motivo pelo qual cabível a adoção de medidas cautelares em tais casos. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE EVIDENCIADA. INTENSA PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER AS ATIVIDADES ILÍCITAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. É válida prisão preventiva fundamentada na existência de indicativos de reiterada traficância ilícita de entorpecentes. É de se considerar, sobretudo, o fato de, no caso, tratar-se de grande organização criminosa, destinada à promoção do crime de tráfico de drogas, em Tabatinga/AM, Manaus/AM, Santarém/PA e Santa Izabel/PA.

2. A manutenção da custódia preventiva do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso pois, pelas características delineadas, configura-se in concreto a periculosidade do agente. Necessidade de sua segregação considerado, sobretudo, o *modus operandi* da conduta, que demonstra, com clareza, sua perniciosidade ao meio social.

3. "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. HC 208.172/PA. Quinta Turma. Impetrante: Edgar Moreira Alamar. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Paciente: Patrick Foro Franco. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 1º de outubro de 2013. Publicado em: DJe 10/10/2013. Disponível em: <https://intrasec.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=208172&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 jul. 2014

¹⁷¹ Idem. Acesso em 27 jul. 2014

garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, HC 95.024/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

4. O princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade é um dos mais importantes na Carta Magna, porque protege o cidadão de bem contra o abuso e a arbitrariedade da repressão Estatal. No entanto, não se pode erguer barreira intransponível quanto à adoção de medidas cautelares necessárias ao resgate da higidez das instituições públicas e da ordem social.

5. Feito juízo de valor estabelecido entre interesses postos em conflito, sobreleva muito acima a necessidade de pronta resposta estatal para o resguardo da ordem pública, frontalmente ameaçada com prática de crimes graves, o que demonstra forma de agir atentatória às instituições que dão suporte à existência de um Estado Democrático de Direito.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

No mesmo sentido, vem decidindo a Sexta Turma do STJ. Podemos destacar, por exemplo, o julgamento do RHC 18.377/SC, de relatoria do Ministro Paulo Medina, realizado em 30/11/2006, com acórdão publicado no DJ em 26/2/2007¹⁷². Assim vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FUGA. MOTIVO. APROVEITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE DO CRIME. INSUFICIÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO PROVIDO.

A negativa de autoria com base na insuficiência de provas é matéria estranha à via do habeas corpus, porque reclama profunda análise do conjunto fático-probatório.

A prisão preventiva deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida.

A fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve lastrear-se na grande intranquilidade social, causada pelo crime, ao ponto de colocar em risco as instituições democráticas, o que não se confunde

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus*. RHC 18.377/SC. Sexta Turma. Recorrente: Teilomar Michele da Rosa. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília, 30 de novembro de 2006. Publicado em: DJ 26/2/2007. Disponível em: <https://intrasec.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=18377&b=A-COR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 27 jul. 2014

com mera vontade popular de ver o indiciado ou réu encarcerado.

A posterior fuga do réu, consequência do decreto prisional, não pode ser aproveitada como motivo a legitimar o decisum desprovido de fundamentação.

A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória. Precedentes do STJ e STF.

Recurso parcialmente conhecido e nesta extensão provido.

Por tudo isso, percebe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem buscado uma uniformização na orientação quanto à aplicação da Prisão Preventiva de forma a se compatibilizar com o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, constitucionalmente assegurado. Com isso, busca-se dar maior efetividade possível à citada medida acautelatória sem, no entanto, afrontar as garantias fundamentais do indivíduo.

3.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma que o STJ, tem buscado uniformizar seu entendimento quanto à Prisão Preventiva e sua relação com o Princípio da Presunção da Não Culpabilidade. Para isso, analisaremos alguns dos julgados da Suprema Corte, a fim de bem caracterizar o seu posicionamento.

Ambas as turmas que compõem a Suprema Corte consolidaram seu entendimento quanto ao alcance da expressão “garantia de ordem pública” a fim de compatibilizá-la com o princípio constitucional da Presunção de Não Culpabilidade.

Sendo assim, da mesma forma como vem julgando o STJ, para o Supremo Tribunal Federal o impedimento à reiteração criminosa, analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, é justificação idônea para a decretação da Prisão Preventiva decorrente de garantia da ordem pública. No recente julgamento RHC 120.051/SP, realizado em 27/5/2014, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma do STF reiterou a já consolidada jurisprudência daquele Tribunal. *In verbis*¹⁷³:

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus*. RHC 120.051/SP. Primeira Turma. Recorrente: Willian Antonio Lima. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 27 de maio de 2014. Publicado em: DJe 16/9/2014. Disponível em:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO COMETIDO CONTRA TESTEMUNHA DE HOMICÍDIO ANTERIOR. PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. O acórdão impugnado está alinhado à orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inadmissibilidade do uso da ação de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário constitucional.

2. Admite-se a custódia cautelar para a garantia da ordem pública quando as circunstâncias objetivas da causa indicarem risco concreto de reiteração delitiva.

3. Caracterizada a fuga do acusado do distrito da culpa antes mesmo da expedição da ordem de prisão, inexistente qualquer ilegalidade na referência à garantia de aplicação da lei penal para embasar a custódia cautelar.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que a gravidade concreta dos fatos constitui fundamento idôneo da custódia cautelar para a garantia da ordem pública. Precedentes.

5. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

No mesmo sentido, vem decidindo a Segunda Turma do STF, conforme podemos observar, por exemplo, no julgamento do HC 119.715/TO, realizado em 13/5/2014, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, com acórdão publicado no DJe de 29/5/2014. Vejamos¹⁷⁴:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDADO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. RECEIO DE FUGA DO ACUSADO. LIMINAR DEFERIDA A A CORRÉU EM OUTRA IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6173675>>. Acesso em 28 jul. 2014.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 119.715/TO. Segunda Turma. Impetrante: Luiz Alberto Nascimento Barreiros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Paulo Reinom Vieira de Aguiar. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 13 de maio de 2014. Publicado em: DJe 29/5/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5963933>>. Acesso em 28 jul. 2014.

concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a possibilidade de reiteração delituosa, e assegurar a aplicação da lei penal, em razão do receio de fuga do acusado.

2. O pedido de extensão de liminar deferida a corréu não pode ser conhecido, por já ter sido objeto de análise no HC 118.438/TO impetrado nesta Corte em favor do paciente.

3. A suposta violação do art. 400 do CPP e do princípio da identidade física do juiz não foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre essas matérias implicaria supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

Prosseguindo na análise da forma como o STF vem tratando do assunto, cabe ressaltar o entendimento de que, embora seja princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, a Presunção de Não Culpabilidade não impede a adoção da Prisão Preventiva, desde que as circunstâncias concretas assim o permitam. Vejamos, por exemplo, o julgado do HC 115.623/SP, da Primeira Turma do STF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que corrobora tal afirmação¹⁷⁵:

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus – ação constitucional de tutela à liberdade de locomoção –, em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.

2. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. **Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas.**

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a prisão preventiva quando as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública. Precedentes.

4. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 115.623/SP. Primeira Turma. Impetrante: Daniel Catuzzi Araújo. Impetrado: Relator do HC 251.476 do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Adriano Disaro da Costa. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 28 de maio de 2013. Publicado em: DJe 1º/7/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4104946>>. Acesso em 28 jul. 2014.

Na mesma linha, também vem decidindo a Segunda Turma do STF, como se pode ver na análise do julgamento do HC 110.529/CE, realizado em 25/9/2012, com acórdão publicado em 18/2/2013, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Cito ementa¹⁷⁶:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR DECRETADA COM APOIO NA NÃO FRUSTRAÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA – RÉU FORAGIDO HÁ MAIS DE SEIS (06) ANOS – NECESSIDADE COMPROVADA – DECISÃO FUNDAMENTADA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS – LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO CAUTELAR – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO COMO OBSTÁCULO JURÍDICO À IMEDIATA DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR – PEDIDO INDEFERIDO.

- A privação cautelar da liberdade individual é qualificada pela nota da excepcionalidade. ***Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão preventiva legitima-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos*** – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal. Precedentes. É por essa razão que esta Corte, em pronunciamento sobre a matéria, tem acentuado que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de indícios suficientes de autoria – e desde que concretamente ocorrente, ainda, qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal –, torna-se legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar. Precedentes. Doutrina.

- **O princípio constitucional de não culpabilidade do réu, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não traduz obstáculo jurídico à imediata decretação da prisão, meramente processual, do acusado, desde que impregnada esta dos atributos da cautelaridade.** Precedentes.

Finalmente, cabe ressaltar a preocupação do STF no sentido de exigir que a fundamentação da Prisão Preventiva seja baseada em circunstâncias do caso concreto, não sendo suficiente a mera gravidade em abstrato do delito. Abaixo citamos o julgamento do AgRg no HC 121.622/PE, da Segunda Turma da Suprema

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 110.529/CE. Segunda Turma. Impetrante: Francisco Miranda Pinheiro Neto e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Aluis Romualdo de Oliveira. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de setembro de 2012. Publicado em: DJe 18/2/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3403242>>. Acesso em 28 jul. 2014.

Corte, de relatoria do Ministro Celso de Mello, realizado em 8/4/2014, com acórdão publicado em 30/4/2014¹⁷⁷:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE COMPROVADA DE SUA DECRETAÇÃO – **DECISÃO FUNDAMENTADA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS** – POSSÍVEL INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO CAUTELAR – PRECEDENTES – IMPETRAÇÃO FUNDADA, AINDA, EM RAZÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR – HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE, NO PONTO, DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

- A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. - A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. **Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes.**

DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DA PACIENTE.

- **Revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que – além de se ajustarem aos fundamentos abstratos definidos em sede legal – demonstram que a permanência em liberdade dos supostos autores do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal.**

PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

A jurisprudência desta Suprema Corte, em situações semelhantes à dos presentes autos, já se firmou no sentido de que se reveste de fundamentação idônea a prisão cautelar decretada contra possível integrante de organizações criminosas. Precedentes.

IMPETRAÇÃO DE “HABEAS CORPUS” COM APOIO EM FUNDAMENTOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL APONTADO COMO COATOR: HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO “WRIT” CONSTITUCIONAL.

- Revela-se insuscetível de conhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, o remédio constitucional de “habeas corpus”, quando impetrado com suporte em fundamentos que não foram apreciados pelo Tribunal apontado como coator. Se se revelasse lícito ao impetrante agir “per saltum”, registrar-se-ia indevida

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Habeas Corpus*. AgRg em HC 121.622/PE. Segunda Turma. Agravante: Eliete Macedo Carvalho. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 8 de abril de 2014. Publicado em: DJe 30/4/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5750232>>. Acesso em 28 jul. 2014.

supressão de instância, com evidente subversão de princípios básicos. Precedentes.

A exigência de aferição das circunstâncias da situação concreta também é adotada pela Primeira Turma do STF, corroborando a jurisprudência consolidada pelo Tribunal. Nesse sentido foi o julgamento do HC 118.039/MA, realizado em 17/12/2013, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, com acórdão publicado em 20/3/2014, *in verbis* (grifei)¹⁷⁸:

Habeas corpus. Processual penal. Crimes de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, II e IV). Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Questão igualmente não decidida de forma definitiva pelas instâncias antecedentes. Supressão de instância. Não conhecimento do writ. Prisão preventiva. **Ausência de elementos concretos justificadores da custódia cautelar. Gravidade abstrata do delito. Insuficiência.** Ordem concedida de ofício.

1. Segundo a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal, é inadmissível o habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski).

2. A questão trazida no presente writ não teria sido objeto de análise de forma definitiva por aquele Tribunal de Justiça estadual. Na linha de precedentes, sua apreciação pelo Supremo Tribunal, de forma originária, configuraria inadmissível dupla supressão de instância.

3. Segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, para que o decreto de prisão preventiva seja idôneo, é necessário que o ato judicial constritivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida.

4. Inexiste, na espécie, justificativa concreta a respaldar a segregação cautelar do paciente, uma vez que não há base empírica que a legitime. Com efeito, “o fato de o réu não possuir domicílio no distrito da culpa não legitima nem justifica, só por si, a decretação de sua prisão cautelar” (HC nº 95.839/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 25/10/10).

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC 118.039/MA. Primeira Turma. Impetrante e Paciente: Máximo Moura Lima. Impetrado: Relator do HC 270.734 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Publicado em: DJe 20/3/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5473459>>. Acesso em 28 jul. 2014.

5. Considerações a respeito da gravidade em abstrato do delito não dão azo à manutenção da segregação nem lhe servem de justificativa. Precedentes.

6. Não conhecimento do habeas corpus. Ordem concedida de ofício.

Diante do exposto, percebe-se que, à semelhança do que vem ocorrendo no STJ, o Supremo Tribunal Federal possui uma jurisprudência consolidada em que se buscou conciliar dois institutos aparentemente incompatíveis, a Prisão Preventiva e o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Com isso, a Suprema Corte deu maior efetividade à medida acautelatória sem, no entanto, afrontar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Além disso, atuou na uniformização de conceitos, estabelecendo os parâmetros que a lei optou por não fazê-lo como, por exemplo, a definição “de garantia de ordem pública”, sempre observando os ditames constitucionais.

CONCLUSÃO

O Princípio da Presunção de Não Culpabilidade é de fundamental importância para o Estado Constitucional de Direito e deve ser observado e seguido em qualquer fase jurisdicional ou administrativa em que de sua decisão possa resultar sanção ou limitação de direitos.

Ele preceitua que ninguém deve ser tratado como culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal enunciado se irradia horizontal e verticalmente por todo o nosso ordenamento jurídico, trazendo reflexos que vão desde a Constituição até os mais simples atos normativos.

Todo o rito processual penal, desde o início da investigação criminal até o fim da persecução penal, com a sentença penal condenatória, deve estar atrelado a esse ditame constitucional.

Os nossos tribunais, especialmente as cortes superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, possuem jurisprudência consolidada manifestando a preocupação na fiel observância dessa garantia constitucional.

Um dos reflexos do seu enunciado pode ser encontrado na aplicação da Prisão Preventiva, espécie de Prisão Provisória, uma vez que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ela tem por objetivo garantir a efetividade da investigação e do processo penal, e somente pode ser adotada em situações excepcionais, devido à sua natureza cautelar e restritiva de liberdade, devendo ser observados e cumpridos os requisitos legais e constitucionais impostos para que não se transforme em arbitrário exercício de força por parte do Estado.

Para que a Prisão Preventiva não incida em ofensa ao Princípio da Presunção de Não Culpabilidade foram traçadas várias regras: a) são exigidos como pressupostos a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; b) é necessária a presença de um dos quatro fundamentos legais para a sua decretação: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; c) a lei estabelece, ainda, circunstâncias limitadoras e proibitivas.

Cabe ressaltar que a sua decretação exige sempre fundamentação por parte do juiz, que deverá demonstrar a sua necessidade, a partir de elementos

presentes no caso concreto, sejam eles colhidos no processo ou no inquérito. Sua decretação, revogação ou redcretação estão condicionados às condições fáticas.

Visando garantir uma uniformização na orientação quanto à aplicação da Prisão Preventiva de forma a se compatibilizar com o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou diversas súmulas como, por exemplo, as Súmulas 21 e 52/STJ, e julgou várias lides que tratam diretamente do assunto. Com isso, buscou-se dar maior efetividade possível à citada medida acautelatória sem, no entanto, afrontar as garantias fundamentais do indivíduo.

Foi pacificado o entendimento de que é imprescindível a fundamentação ao se decretar a Preventiva, com o intuito de dar fiel cumprimento ao Princípio da Presunção de Não Culpabilidade. Se a fundamentação não fosse exigida e se esta não fosse adotada com base nas circunstâncias do caso concreto, estar-se-ia antecipando o cumprimento de pena de uma eventual condenação definitiva, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico. Não basta, ainda, aferir a gravidade do delito para a sua decretação. É preciso aliá-la aos demais requisitos legais exigidos.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem buscado definir o alcance da expressão “garantia de ordem pública” a fim de compatibilizá-la com o princípio constitucional da Presunção de Não Culpabilidade.

Ademais, a Suprema Corte já definiu que, embora seja princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, a Presunção de Não Culpabilidade não impede a adoção da Prisão Preventiva, desde que as circunstâncias concretas assim o permitam e que a mera gravidade em abstrato do delito não é causa suficiente para decretação da Prisão Preventiva, o que implicaria violação ao Princípio da Presunção da Não Culpabilidade.

Diante do exposto, percebe-se que a jurisprudência nacional vem a cada dia se consolidando cada vez mais para conciliar dois institutos aparentemente incompatíveis, a Prisão Preventiva e o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade.

Com isso, busca-se dar maior efetividade à medida acautelatória sem, no entanto, afrontar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Além disso, atuam na uniformização de conceitos, estabelecendo os parâmetros nos casos em que a lei optou por não fazê-lo.

Por tudo isso, e diante de tudo o que foi analisado, é que chegamos à conclusão de que a Prisão Preventiva e o Princípio da Presunção de Não Culpabilidade são compatíveis entre si e, para que isto seja possível, é preciso que a lei, doutrina e jurisprudência tracem os contornos, limites e garantias à sua aplicação.

Muito já se evoluiu, com a pacificação e consolidação de posicionamentos, porém, ainda há pontos de divergências e incongruências que precisam ser solucionados. Os debates acadêmico, doutrinário e jurisprudencial são ferramentas eficientes na busca da forma mais equilibrada, eficaz e justa de se aliar ambos os institutos, a fim de tornar o nossa sociedade cada vez mais livre, justa e solidária, tal como preceitua o art. 3º da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Universidade de São Paulo – USP*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2014.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 de março de 2014.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 9 mar. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 7.ed. São Paulo: RT, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34.ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35.ed. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4.ed. São Paulo: RT, 2011.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.